



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in “Diritto Romano e Diritto pubblico interno e sovranazionale”

Indirizzo in “Processo di integrazione europea e Diritto Internazionale”

Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport

IUS/10

LA PREVENZIONE ED IL CONTRASTO DELLA CORRUZIONE NEL SETTORE DEI *PUBLIC PROCUREMENT* FRA DIRITTO INTERNAZIONALE, DIRITTO EUROPEO E DIRITTO INTERNO.

**PROFILI DI CRITICITÀ ATTINENTI AI CRITERI DI
AGGIUDICAZIONE DEL CONTRATTO.**

LA DOTTORESSA

Jole Buggea

IL COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Antonello Tancredi

IL TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa Maria Immordino

CICLO XXVI

ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2016

*Non so come il mondo potrà giudicarmi,
ma a me sembra soltanto di essere un bambino
che gioca sulla spiaggia, e di essermi divertito
a trovare ogni tanto un sasso o una conchiglia più bella del solito,
mentre l'oceano della verità giaceva inesplorato davanti a me.*

Isaac Newton

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

PUBLIC PROCUREMENT E CORRUZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. I contratti della pubblica amministrazione nel commercio internazionale.	5
2. <i>Segue</i> . In particolare il Government Procurement Agreement.....	11
3. Il ruolo della World Bank: le <i>Procurement Guidelines</i>	19
4. La lotta alla corruzione nello scenario internazionale: la Convenzione Ocse.....	36
5. <i>Segue</i> . In particolare la Convenzione di Merida del 2003.....	38
6. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.....	46

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA EUROPEA DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLA LUCE DELLE RECENTI DIRETTIVE: STRUMENTI DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

1. Gli appalti pubblici di rilevanza comunitaria.....	51
2. I soggetti aggiudicatori: l'organismo di diritto pubblico	58
3. <i>Segue</i> . Le controparti delle amministrazioni aggiudicatrici: gli operatori economici. Profili di criticità.....	64
4. I criteri di aggiudicazione dei <i>public procurement</i>	69

5. <i>Segue</i> . I criteri di aggiudicazione alla luce delle direttive europee del 2014	73
6. Il ruolo di verifica e controllo della Commissione Europea.....	81
7. Libro verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti e Strategia Europa 2020.....	92

CAPITOLO III

GLI APPALTI PUBBLICI, TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO SOVRANAZIONALE

1. Gli appalti pubblici nel diritto interno.....	98
2. L'organismo di diritto pubblico alla luce della disciplina interna	106
3. I criteri di aggiudicazione dei contratti: profili di criticità.....	110
4. Strumenti di prevenzione e contrasto alla corruzione nei <i>procurement</i> nell'ordinamento italiano: la legge n. 190/2012	119
5. Patti di integrità e protocolli di legalità alla luce dei recenti interventi normativi	128
6. Le <i>white list</i> : strumento di prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici	134
7. I recenti interventi normativi di contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata.....	143
8. Prospettive di riforma alla luce del pacchetto direttive appalti del 2014: la delega al Governo per l'attuazione.....	150
 BIBLIOGRAFIA	 154

INTRODUZIONE

La nozione di contratto in generale comprende tutte le relazioni che creano vincoli di interdipendenza tra due o più soggetti, sulla base di una scelta fatta volontariamente e razionalmente nel presente per pianificare il futuro ed in dipendenza di ben definite preferenze individuali e di una funzione di utilità da massimizzare¹.

Quando uno dei contraenti è una pubblica amministrazione, però, il contratto si affranca, almeno parzialmente, dai tradizionali schemi codicistici per rispondere alle logiche pubblicistiche di tutela dell'interesse generale della collettività. Ragion per cui la disciplina dei *public procurement* si veste del carattere della specialità, che determina l'applicazione di regole particolari e procedure tipiche.

La Commissione europea ha più volte ricordato che la ragione del carattere della specialità risiede proprio nella circostanza che le pubbliche amministrazioni, quando sono parti contraenti, utilizzano denaro pubblico e perseguono la tutela di un interesse anch'esso pubblico, ma operano nel mercato e ne subiscono inevitabilmente le logiche ed i meccanismi, compresi quelli distorsivi della concorrenza ed il rischio che si verifichino episodi legati alla corruzione ed al malaffare².

Gli ingenti capitali che la macchina degli appalti pubblici è in grado di gestire, difatti, rende l'intero settore dei *procurement* terreno fertile di pratiche corruttive e di infiltrazioni del crimine organizzato. Occorre pertanto che siano predisposte apposite normative in grado di arginare il fenomeno affinché le procedure di gara si svolgano in ossequio ai principi di trasparenza, concorrenza, pubblicità e non discriminazione.

¹ Cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, p.13; P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economics, organization and management*, trad. it. Bologna, 1994, p. 199.

² Per una disamina più approfondita dell'argomento si rimanda al capitolo II, paragrafi 5 e 6.

Nello specifico, una delle fasi più critiche che connotano le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico è quella della scelta del contraente e quindi della individuazione dei criteri di aggiudicazione dell'offerta, all'interno della quale si insidia una grande percentuale di pratiche corruttive e di tentativi di infiltrazioni da parte di organizzazioni legate al malaffare.

La presente indagine, che si articola in tre capitoli, si propone di analizzare le criticità della disciplina ed i fenomeni corruttivi insiti nel settore degli appalti pubblici, rivolgendo particolare attenzione alla fase di scelta dei criteri di aggiudicazione del contratto.

In particolare, il primo capitolo analizza la disciplina dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni nel commercio internazionale, ponendo l'accento sull'evoluzione che sia il settore degli appalti pubblici in generale che il fenomeno della corruzione ad essi legato hanno registrato negli anni sullo scenario internazionale.

Tra i primi accordi stipulati al fine di fornire una più completa disciplina degli appalti pubblici, ispirata ai principi di concorrenza, trasparenza, pubblicità e non discriminazione, rientra il *Government Procurement Agreement* (Gpa), stipulato al termine dell'Uruguay Round a Marrakesh, nell'aprile del 1994. Ad oggi il Gpa rappresenta forse il principale accordo internazionale, sia per il numero di Stati che vi aderiscono che per il carattere di flessibilità che lo connota, che consente agli Stati Parte di definirne costantemente l'ambito applicativo.

Nel panorama internazionale anche la World Bank ha giocato un ruolo di primordine. La Banca Mondiale, ai fini dell'attuazione delle proprie politiche di finanziamento di programmi di sviluppo nei Paesi non industrializzati, ha emanato le *Procurement Guidelines*. Trattasi di linee-guida volte a disciplinare le procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto stipulati ai fini dell'esecuzione dei programmi e dei progetti di finanziamento destinati alla costruzione di infrastrutture ed

alla realizzazione di opere pubbliche nei Paesi poveri, secondo i canoni di efficienza e legalità.

L'indagine prosegue con l'analisi di alcune convenzioni internazionali volte ad arginare sia il fenomeno corruttivo che il dilagare della criminalità organizzata transnazionale nel settore degli appalti pubblici, stipulate al fine di salvaguardare oltre che le pubbliche amministrazioni e le singole imprese, anche l'intero commercio internazionale.

Il secondo capitolo ha ad oggetto lo studio dell'evoluzione normativa della disciplina europea dei contratti pubblici, e l'analisi delle criticità che la connotano.

Allo scopo di prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi, il legislatore europeo ha predisposto apposite normative che regolano in maniera puntuale le caratteristiche che sia le amministrazioni aggiudicatrici che gli operatori economici debbano possedere al fine di poter addivenire alla stipula di un appalto pubblico.

Particolare attenzione sarà dedicata alla disciplina relativa ai criteri di aggiudicazione, che si è rivelata nel tempo inadeguata a prevenire il verificarsi di episodi corruttivi e distorsivi della concorrenza, ed è stata pertanto oggetto di recente modifica attraverso l'emanazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, che puntano alla semplificazione, flessibilità e correttezza delle procedure.

Nell'ambito della disciplina dei criteri di aggiudicazione, il legislatore europeo ha vieppiù manifestato un rinnovato interesse per gli aspetti sociali ed ambientali, che si inseriscono nell'ambito della Strategia Europa 2020, la quale punta al raggiungimento di un'economia di mercato più efficiente a basse emissioni di CO₂ tramite il ricorso ai *green procurement*.

Per concludere, il terzo capitolo tratterà dell'attuazione della disciplina europea ed internazionale nell'ordinamento italiano.

In particolare, verranno messe in luce le criticità del nostro sistema, caratterizzato dal susseguirsi di normative anticorruzione che hanno spesso peccato di farraginosità, non rivelandosi in grado di arginare il dilagare della corruzione.

In attuazione degli obblighi di derivazione internazionale ed europea, il legislatore nazionale ha predisposto una serie di misure volte alla semplificazione della materia, ed improntate ai criteri di pubblicità, di trasparenza, di accesso agli atti e di tutela della concorrenza. Tra queste rientrano l'emanazione del d.lgs. n. 33/2013, la legge n. 190/2012, infine un nuovo codice dei contratti che abrogherà il vecchio ed entrerà in vigore entro il 18 aprile dell'anno in corso.

Non trascurabili sono gli interventi attuati al fine di prevenire e contrastare il diffondersi di un fenomeno che nel nostro ordinamento ha assunto le vesti di un cancro che continua ad affliggere l'intera economia di settore, quale quello della criminalità organizzata. Tra questi rientrano le *white list*, i protocolli di legalità, i patti di integrità, l'attribuzione di nuovi poteri all'Autorità Nazionale Anticorruzione, che si inseriscono in un'ottica di semplificazione delle procedure, trasparenza delle operazioni e contenimento della spesa pubblica.

Saranno infine tratte alcune brevi considerazioni.

CAPITOLO I

PUBLIC PROCUREMENT E CORRUZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. I contratti della pubblica amministrazione nel commercio internazionale.

Il fenomeno della corruzione può essere definito come una consuetudine globalmente diffusa, la cui genesi risale all'origine stessa della Storia. Già nell'Ottocento Alexis De Tocqueville rimproverava al generale Jackson l'introduzione di pratiche corruttive nel governo centrale degli Stati Uniti: a seguito della propria elezione, lo stesso aveva garantito posizioni di prestigio ai propri sostenitori politici, dalla carica di funzionario presso l'amministrazione sino a ricomprendere quella di giudice della Corte Suprema³.

La *ratio* della diffusione della corruzione si rivela concetto semplice, elementare, in quanto la stessa determina effetti vantaggiosi per coloro i quali la praticano nell'espletamento di un'attività.

Nel corso degli anni, tuttavia, tale fenomeno ha subito significative evoluzioni concernenti non solamente il profilo quantitativo, ma anche quello qualitativo delle azioni corruttive poste in essere. Uno dei settori privilegiati, che si presta ad essere terreno fertile di pratiche corruttive e di infiltrazioni da parte di organizzazioni criminali è quello degli appalti pubblici, e pertanto costituisce oggetto significativo di studio e riflessione⁴.

³ A. DE TOQUEVILLE, *Scritti politici*, UTET, Novara, 2013.

⁴ Per un quadro completo sull'evoluzione del fenomeno corruttivo si vedano D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994; D. DELLA PORTA, Y. MENY (a cura di), *Democrazia e corruzione*, Napoli, 1995; J. M. GIMENO FELIU, *Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública*, Relazione al V seminario sui contratti pubblici, Formigal, 2014; J. G. LAMBSDORFF, *The Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and*

Corruzione e criminalità organizzata hanno ormai assunto, in questo delicato settore, un nuovo volto. La ragione si fonda su un più intimo e profondo cambiamento che ha come protagonista l'attività amministrativa, intesa questa come attività istituzionalmente tesa alla tutela dell'interesse pubblico. In particolare l'amministrazione, nell'espletamento delle proprie funzioni, può disporre dello strumento negoziale per eccellenza, il contratto, al fine di tutelare gli interessi della collettività. Il contratto, difatti, non si esaurisce nella categoria giuridica dello scambio, consistendo bensì in una pluralità di relazioni in grado di dar vita a legami di interdipendenza, tra due o più soggetti, al fine di massimizzare un'utilità.

Il luogo degli scambi per eccellenza è il mercato, che è regolato da leggi che puntano alla libera concorrenza tra gli operatori economici, alla parità tra tutte le imprese private che intendano addivenire ad un contratto con una pubblica amministrazione. Logiche, queste, dalle quali il diritto amministrativo, quale diretta esplicazione del potere autoritativo dello Stato che concede e nega, che crea e distrugge, si era sin da sempre strutturalmente discostato.

Durante l'ultimo ventennio, tuttavia, anch'esso è stato influenzato dal processo di globalizzazione che ha determinato una capillare diffusione e penetrazione di principi e regole di libera concorrenza del mercato all'interno della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa, relativamente al settore dei pubblici appalti, si è per tal ragione spogliata delle vesti tipiche di branca giuridica diretta espressione del potere monopolistico dello Stato, per assumere connotati più democratici, in rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, pubblicità. Ciò al fine di garantire maggiore correttezza delle operazioni e

Policy, Cambridge University Press, 2007; F. J. VÁZQUEZ MATILLA, *La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública*, in *Observatorio contratación pública*, 2012, consultabile in www.obcp.es.

dunque di meglio tutelare gli interessi dei cittadini (in via mediata), e nello specifico, dei soggetti che addivengano a rapporti negoziali con una p. a.

Il contratto pubblico, in quanto tale, è stato definito un istituto ibrido, “una creatura schizofrenica, cioè una procedura che si trasforma in un negozio giuridico, come la farfalla del bozzolo”⁵. Esso ha carattere strumentale alla p.a. E ciò in quanto quest’ultima esercita nel settore dei *public procurement* un’ attività non direttamente volta al soddisfacimento dell’interesse pubblico, bensì a fornire i mezzi e gli strumenti che si rivelino a ciò necessari⁶.

La circostanza che una delle parti sia un’ amministrazione pubblica è fattore che possiede influenza determinante nell’individuazione di una corretta e completa disciplina degli appalti pubblici. Se da un lato, difatti, questi ultimi sono assoggettati alle regole di diritto civile dei contratti, dall’altro rientrano nella sfera dell’attività negoziale di una p.a., ragion per cui la disciplina privatistica subisce forti deroghe in ossequio ai principi pubblicistici che regolano l’attività amministrativa.

La Pubblica Amministrazione è difatti tenuta ad operare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, i quali sono sia pubblici che privati, e la cui tutela sfugge pertanto alla mera disciplina civilistica dei contratti, rivelandosi indispensabile l’operare della normativa pubblicistica che oltre a garantire il pubblico interesse (al quale è assicurata adeguata garanzia dal concreto operare delle regole tipiche del procedimento amministrativo durante la fase di scelta del contraente e quella di aggiudicazione della gara) ampli ovvero limiti i poteri della parte pubblica⁷.

⁵ E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (cur.), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (dirr.), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 39.

⁶ L. FERRAJOLI, *I reati in materia di appalti*, Milano, 1994, 121.

⁷ G. AMATO, Prefazione, in *I tre assi*, a cura di G. AMATO, R. GAROFOLI, Nel Diritto editore, Roma, 2009.

Quest' ultima in particolare è chiamata altresì a tutelare l'interesse del bilancio dello Stato, nonché, nello specifico, quello puramente patrimoniale della stazione appaltante.

In altri termini, quando una delle parti del contratto è un soggetto pubblico l'assoggettamento della regolazione dei rapporti negoziali alle norme di matrice amministrativistica diviene scelta obbligata, entrando in gioco non solo l'interesse di una pubblica amministrazione ma anche quello della collettività in generale.

Vieppiù, a differenza del contraente privato la stazione appaltante non subisce le pressioni di massimizzazione del profitto, proprie delle logiche di mercato, in tal modo operando scelte che tendenzialmente seguiranno gli interessi propri dell'ente pubblico. Proprio in virtù della intrinseca estraneità dello Stato alle logiche di mercato, si rende necessario un controllo esterno dell'attività contrattuale posta in essere dalla p.a.⁸.

A tal fine, in sede europea, il legislatore ha predisposto un' articolata disciplina dei *public procurement* volta a fornire alle amministrazioni aggiudicatrici adeguati strumenti normativi durante la delicata fase dell'aggiudicazione, affinché sia garantito il rispetto di principi quali la concorrenza, l'imparzialità e l'economicità, e si rifugga da probabili influenze politiche, pratiche corruttive, ovvero infiltrazioni da parte del crimine organizzato.

Se da un lato, pertanto, l'UE mira a ridurre il potere discrezionale dell'amministrazione nella scelta del contraente, dall'altro si fa garante della correttezza e della efficienza delle scelte contrattuali operate. La pubblica amministrazione dispone difatti di limitata capacità di agire nell'ambito dei procedimenti di scelta: qualora decida di addivenire ad un contratto con un' impresa privata ha l'onere di pubblicare

⁸ Per un approccio non squisitamente giuridico in materia, effettuato tramite il ricorso a tecniche di analisi economica del diritto si veda G. CLERICO, *Analisi economica del contratto*, Milano, Giuffrè, 2008.

preventivamente la deliberazione a contrarre, nonché di adottare specifici metodi di scelta del contraente ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

La *ratio* risiede nella circostanza che, rispetto a quanto richiesto ad un soggetto privato, il soggetto pubblico, quando riveste il ruolo di parte di un contratto ha l'onere di bilanciare e valutare interessi ulteriori, in quanto la propria attività incide sul bilancio dello Stato e sugli interessi generali della collettività intera. Un'impresa privata, difatti, assume su di sé il rischio di gestione e soggiace alle regole di mercato; l'amministrazione aggiudicatrice, per contro, ha l'onere di agire in ossequio a particolari procedure di aggiudicazione di un appalto affinché la spesa pubblica sia efficiente, razionale e trasparente, e si prevenga l'insorgenza dei rischi di pratiche corruttive che favoriscano determinati operatori economici concorrenti⁹.

All'interno del sistema dei Paesi aderenti all'Ocse, i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni rappresentano una fetta consistente di mercato, il cui valore supera il sedici per cento del PIL¹⁰. La ragione sottesa a siffatta elevata percentuale risiede nella spinta che il commercio internazionale ha causato nel circuito degli scambi negoziali transnazionali, tra stazioni appaltanti ed imprese private appartenenti a diverse nazionalità. Non stupisce, pertanto, che tali negozi siano sempre più di frequente soggetti a specifici standard e regole definiti al di fuori del contesto nazionale.

Tra queste regole rilevano quelle volte a limitare le diffusissime pratiche nazionali discriminatorie. La tendenza dei legislatori nazionali è stata, infatti, sin da sempre quella di agevolare e favorire un operatore economico interno rispetto ad un'impresa estera nell'aggiudicazione di

⁹ Cfr. Commissione europea, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27.1.2011, COM (2011) 15, p. 6.

¹⁰ In www.oecd.org

una gara d'appalto, al fine di sostenere lo sviluppo dell'economia domestica, in un'ottica squisitamente protezionistica¹¹.

Per fare un esempio, a dimostrazione della propensione delle amministrazioni aggiudicatrici a concludere contratti pubblici con imprese nazionali, nell'Italia degli anni Ottanta la quantità di merci straniere importate oggetto di contratto con una pubblica amministrazione corrispondeva a circa la metà del totale di prodotti importati ed acquistati attraverso la stipula di contratti conclusi da privati¹².

Al fine di limitare tali pratiche, ed in risposta a rinnovate istanze di libertà di circolazione di merci, di capitali e di persone sorte in sede nazionale, comunitaria ed internazionale, si è avvertita l'esigenza di predisporre strumenti volti a tutelare la correttezza delle operazioni contrattuali nel commercio internazionale ed a favorire così una più penetrante integrazione dei mercati, in ciò tentando di favorire lo sviluppo di Paesi economicamente più arretrati.

A tal uopo gli Stati, in un'ottica di internazionalizzazione della disciplina contrattuale delle pubbliche amministrazioni, hanno predisposto una serie di strumenti di natura pattizia volti a fissare regole e standard comuni di carattere vincolante.

Uno dei primi meccanismi approntati a livello internazionale è stato il *Government Procurement Agreement* (Gpa), stipulato al termine dell'Uruguay Round a Marrakesh, nell'aprile del 1994¹³. Quest'ultimo si

¹¹ In dottrina cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 69 e ss.; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa. Dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 2392 e ss.; T. LOWINGER, *Discrimination in Government Procurement Agreement of Foreign Goods in the US and Western Europe*, in *Southern Economic Journal*, n. 42/1976, p. 451 e ss.

¹² A. PETRETTO, *Contratti di fornitura pubblica e concorrenza: una sintesi della letteratura teorica*, in *Econ. Pubbl.*, n. 3/1992.

¹³ Il Gpa è un accordo caratterizzato da un testo breve, e la cui struttura è data da un preambolo, ventiquattro articoli e quattro appendici per ogni singola Parte che lo abbia sottoscritto. In particolare, la prima appendice contiene l'elenco dei Paesi cui si

inserisce nel novero degli Accordi dell'Uruguay Round, che hanno istituito la World Trade Organization, la quale ricomprende al suo interno, nel primo allegato dell'Accordo che la istituisce, il GATT¹⁴.

2. Segue. In particolare il *Government Procurement Agreement*

Il Gpa, che ha sostituito l'Accordo di Ginevra sugli Appalti Pubblici del 1979, ha natura di accordo plurilaterale e non multilaterale, e pertanto non vincola tutti i Paesi membri della WTO, ma solamente quelli che lo hanno sottoscritto. E tra questi, ciascuno nella misura espressamente pattuita¹⁵, in virtù della flessibilità che lo caratterizza. Gli Stati membri, difatti, detengono la facoltà di stabilire condizioni e termini di applicazione, e dunque vincolarsi solo limitatamente ad alcune parti del

applica l'Accordo ed i relativi limiti di valore monetario che variano a seconda dell'oggetto del contratto e del soggetto acquirente. Essa si compone di cinque allegati, ognuno dei quali indica, tramite un sistema di liste positive e negative, gli enti e le pubbliche amministrazioni tenuti al rispetto di quanto pattuito, e i servizi inclusi o meno nel circuito del Gpa. Una Nota generale, infine, individua le eccezioni e le deroghe apposte alle concessioni generali, nonché le concessioni particolari di cui beneficiano i singoli Stati.

¹⁴ Il GATT 1994 ricomprende i contenuti del GATT 1947 e le relative note interpretative, le decisioni delle Parti Contraenti, nonché i protocolli emendativi emanati dal 1947 sino al 1994.

Cfr. M.M. SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell' Organizzazione mondiale del commercio e nella Comunità Europea*, Napoli, 2001, p. 33.

¹⁵ All' interno del GPA è possibile individuare un apposito sistema di liste, che ha natura flessibile. In particolare, ad un'attenta lettura delle appendici e degli allegati all'Accordo emergono due ordini di liste, uno positivo avente ad oggetto gli appalti di servizi, e per i quali il GPA, in principio, non si applica, ed uno negativo avente ad oggetto gli appalti di fornitura di beni. L'Accordo trova applicazione solamente per tutti i contratti aventi ad oggetto beni non espressamente menzionati in lista.

Gpa. Allo stesso modo possono altresì pattuire che gli *standard* dell'Accordo si applichino solo ad alcuni de contratti d'appalto stipulati¹⁶.

In ragione della natura non obbligatoria, inoltre, allo stesso ha aderito solo una modesta percentuale dei 132 Stati della WTO. Ad oggi si contano, infatti, solamente tredici Stati contraenti e l'Unione Europea¹⁷.

I principi che governano la disciplina del Gpa sono sostanzialmente i medesimi che sottostanno alla legislazione europea. Trattasi dei principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione. Il principio di non discriminazione si affianca al divieto di trattamento sfavorevole nei confronti di merci e fornitori provenienti da Paesi esteri rispetto a quello riservato a prodotti ed imprese del circuito nazionale. Tale ultimo divieto subisce tuttavia una deroga, consistente nella possibilità per gli Stati di far valere il principio di mutua reciprocità nei rapporti bilaterali con altri Paesi.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione oggettiva del Gpa, l'art. I, 2, statuisce che l'Accordo si applica a tutti i contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni, di servizi e l'esecuzione di lavori ovvero ai contratti misti il cui valore superi le soglie specificate nell'Appendice I, le quali, ad una attenta analisi, ricalcano fedelmente le soglie cd. di rilevanza comunitaria, stabilite ai fini dell'applicazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione Europea. A differenza di quanto previsto in seno all'UE, tuttavia, l'Accordo non estende il proprio ambito di operatività ai contratti

¹⁶ H. CAROLI CASAVOLA, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contatti delle pubbliche amministrazioni*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di) *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2006, 193.

¹⁷ Gli Stati firmatari dell'Accordo, che si affiancano all'UE, sono Canada, Corea, Giappone, Hong Kong per conto della Cina, Islanda, Israele, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi per conto di Aruba, Singapore, Stati Uniti e Svizzera.

il cui valore economico non superi la soglia indicata e subisce diverse deroghe¹⁸.

Tra queste si annoverano le eccezioni generali di cui all'art XXIII, alle quali i Paesi membri possono ricorrere al fine di tutelare determinati valori ed interessi di pubblica rilevanza, quali l'ordine e la sicurezza pubblica, la morale, la vita, la proprietà intellettuale, la tutela ambientale, la non discriminazione. Altre concernono invece le commesse relative alla fornitura di munizioni, armi e materiale bellico. Infine, allo scopo di tutelare i Paesi in via di sviluppo e di salvaguardarne e promuoverne il progresso, l'art. V prevede che agli stessi sia riservato un trattamento speciale e differenziato.

Tra gli obiettivi che l'Accordo si prefissa, rientrano l'apertura al libero mercato di contratti pubblici stipulati non solo da amministrazioni centrali, ma anche da enti territoriali sub-statali ovvero da enti sottoposti a controllo pubblico (che detengono un valore di mercato superiore a trecentocinquanta milioni di dollari annui), nonché una maggiore intensificazione delle legislazioni nazionali in materia di trasparenza nelle operazioni contrattuali¹⁹.

Affinché tali obiettivi possano essere raggiunti, risulta fondamentale un ampliamento dell'ambito di applicazione sia sul versante soggettivo che su quello oggettivo. La tecnica sinora utilizzata dai Paesi membri consiste in una sorta di settorializzazione dell'Accordo: le Parti, nello specifico, pattuiscono periodicamente ed in apposite sedi le rispettive condizioni di partecipazione ed adesione allo stesso, e con esse le

¹⁸ Per un'attenta analisi dell'Accordo si veda in dottrina A. REICH, U. BAR ILAN, *The New Text of the Agreement on Government Procurement. An Analysis and Assessment*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n. 4, 2009.

¹⁹ R. TREPTE, *The Agreement on Government Procurement*, in *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON, M.G. PLUMMER (a cura di), New York, 2005, 1123 ss.; R. TREPTE, *Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, 2004, 392 e ss.

reciproche concessioni, le quali esplicano effetti per i soli partecipanti al tavolo di lavoro. Il risultato che ne consegue è la creazione di veri e propri micro-settori all'interno del mercato dei contratti pubblici del Gpa, che si traducono in appendici ed allegati all'Accordo, che innumerevoli affiancano (e ne modificano) l'originario scheletro.

La natura settoriale che ne contraddistingue l'ambito di applicazione e la circostanza di essere costantemente soggetto a modifiche, conferiscono al Gpa un carattere dinamico, in continua evoluzione. Al fine di garantire la stabilità e la coerenza del sistema, sono previsti degli obblighi che vincolano le Parti che si sono impegnate reciprocamente, a rispettare quanto pattuito²⁰. Nasce pertanto una molteplicità di rapporti bilaterali, tramite cui gli Stati firmatari concedono rispettivamente agli operatori economici degli altri Stati Parte di partecipare alle gare indette per determinati beni, settori ovvero dalle medesime amministrazioni in qualità di stazioni appaltanti alle medesime condizioni. In alternativa gli accordi possono prevedere parità di accesso alle gare per contratti aventi oggetto differente ma eguale valore economico.

Sovente è possibile riscontrare all'interno degli allegati la presenza delle cd. *mirror rules*. Trattasi di clausole specchio, apposte dalle Parti, che sanciscono l'applicabilità di determinate regole dell'Accordo solamente nella misura in cui sia garantito agli operatori economici il reciproco accesso alla medesima porzione di mercato. I rapporti contrattuali bilaterali che in queste sedi sorgono hanno carattere obbligatorio e creano vincoli di reciprocità, regolando l'accesso al mercato nazionale tramite l'apposizione di specifiche riserve e condizioni²¹.

²⁰ In tema di reciprocità cfr. S. ARROWSMITH, *Government Procurement in the WTO*, The Hague, 2003.

²¹ La circostanza che agli Stati sia concesso di effettuare negoziazioni private da vita ad un sistema di mercati di contratti pubblici di natura settoriale. Ad un'attenta analisi della pluralità di accordi esistenti tra gli Stati, si potrebbe in conclusione sostenere che il Gpa altro non è che una raccolta di accordi bilaterali.

La circostanza che i Paesi Parte dispongano della facoltà di definire l'ambito applicativo del Gpa in qualunque momento, conferisce all'Accordo la caratteristica di flessibilità, che, si ribadisce, lo qualifica come processo in costante mutamento.

Le difficoltà che le imprese straniere incontrano nel far ingresso nel mercato nazionale delle gare pubbliche, tuttavia, continuano a permanere. Le maggiori problematiche si riscontrano durante la fase della scelta dei contraenti.

Al fine di limitare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, l'art. IX stabilisce, anzitutto, che qualora un appalto rientri nella sfera di applicazione dell'Accordo, il bando di gara e le lettere di invito debbano contenerne esplicita menzione. L'art. VI sancisce l'obbligo per gli Stati Parte di applicare procedure di gara non discriminatorie e di non fornire informazioni ai fornitori che possano in qualche modo pregiudicare la concorrenza.

In linea con il modello tradizionale di scelta del contraente, comune a molti ordinamenti, tra i quali l'Unione Europea, il Gpa ripropone un sistema di offerta pubblica a contrarre di tipo tripartito, dato da una procedura aperta, una ristretta ed infine una procedura preselettiva²².

Ai fini di una corretta selezione dei candidati, ed in rispetto ai normali standard di trasparenza, il Gpa disciplina un apposito sistema di pubblicità dei meccanismi di scelta dei contraenti, il quale sancisce in capo agli Stati degli obblighi di comunicazione concernenti non solamente la disciplina giuridica del singolo contratto, ma anche, più in generale, la materia degli appalti oggetto dell'Accordo (art. VII).

Al fine di favorire la partecipazione del maggior numero di Stati e consentire l'estensione dell'ambito di applicazione ad un più ampio numero di settori dell'Accordo, inoltre, i Paesi aderenti al GPA hanno escluso l'operatività della clausola della nazione più favorita.

²² Stando al disposto dell'art. X, le procedure ristrette devono necessariamente essere rivolte al maggior numero possibile di partecipanti al fine di garantire un corretto ed efficiente svolgimento dei procedimenti di selezione.

Tra gli avvisi che le pubbliche amministrazioni hanno l'onere di pubblicare, rientra l'invito a partecipare in apposite pubblicazioni che abbiano ampia diffusione, quali la GUCE per gli Stati membri dell'Unione Europea, che sono espressamente indicate nell'Appendice II.

Tra i vari obblighi in materia di trasparenza, si annovera per le stazioni appaltanti l'onere di stilare, per ogni contratto concluso, apposito verbale contenente le informazioni sull'aggiudicazione, quali la descrizione dei beni o servizi ad oggetto, le generalità della stazione appaltante e dell'aggiudicatario, il valore dell'offerta più alta e di quella più bassa presentate, e ciò al fine di rendere pubblica l'aggiudicazione e di consentire alle autorità a ciò preposte di effettuare i necessari controlli delle procedure di esecuzione.

Affinché sia garantita la più ampia partecipazione ad una gara d'appalto, il Gpa disciplina inoltre un sistema di liste ufficiali di prestatori e fornitori di servizi per tutti quegli Stati che abbiano adottato dei meccanismi di qualificazione ovvero di registrazione delle imprese²³.

Per ciò che concerne invece le condizioni oggettive di scelta del contraente, il sistema attualmente vigente adotta il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che è il risultato dell'unione di parametri differenti (quali ad esempio la valutazione dei tempi di esecuzione dei lavori, le caratteristiche funzionali ed estetiche, i costi di utilizzazione e manutenzione, il prezzo), ovvero il criterio del prezzo più basso.

Il rispetto dei summenzionati criteri di aggiudicazione è assicurato attraverso la disciplina di apposite garanzie sul versante giurisdizionale, quali la previsione di una specifica procedura di ricorso. Agli Stati

²³ L'iscrizione nei summenzionati elenchi assurge a condicio sine qua non per la partecipazione ad una pubblica gara all'interno del circuito di Stati aderenti, ragion per cui sono esplicitamente predisposti dei meccanismi di pubblicazione di avvisi aventi ad oggetto il sistema di registrazione e qualificazione adottato dal Paese nel quale l'operatore intenda aggiudicarsi un appalto.

aderenti, nello specifico, è data facoltà di individuare, all'interno dell'ordinamento, l'organo giudicante che meglio si adatti a tutelare il rispetto dell'Accordo²⁴.

Nel caso di mancato rispetto degli *standard* normativi, è sempre rimessa agli Stati la scelta della forma di rimedio adeguata tra il risarcimento del danno emergente ovvero del lucro cessante e la riparazione della violazione (dei termini processuali, ad esempio)²⁵.

Ai Paesi i cui operatori economici abbiano subito decisioni inique da parte di amministrazioni di altri Paesi aderenti all'Accordo è concesso un importante rimedio, il c.d. sistema alternativo di soluzione delle controversie. Tale sistema, che ha natura intergovernativa ovvero interstatale e non può per ciò stesso essere azionato direttamente dagli operatori economici, si impernia sulla istituzione di un organo che ha natura indipendente e le cui decisioni hanno per le parti natura vincolante: il *Dispute Settlement Body* (art. XX del Gpa)²⁶.

Affinché le operazioni contrattuali si svolgano secondo i principi di correttezza, non discriminazione e concorrenza l'Accordo prevede che le amministrazioni aggiudicatrici assicurino la corretta apertura delle offerte in ossequio alle normative predisposte da ciascuno Stato Parte e che vengano pubblicate le informazioni inerenti le procedure di

²⁴ Non essendone specificata la natura, l'organo giudicante può essere individuato tra organi giurisdizionali, ovvero arbitrali, purché risponda ai requisiti di indipendenza e terzietà ed a condizione che durante le fasi in cui si snoda il procedimento siano assicurate la trasparenza, la celerità, il principio di non discriminazione, di pubblicità di atti e procedure. Occorre altresì che l'intero processo si svolga in rispetto della forma scritta degli atti, dell'integrazione del contraddittorio attraverso la partecipazione del privato, e che i documenti prodotti in sede processuale siano conservati per un periodo non inferiore a tre anni.

²⁵ Quanto alla quantificazione dell'ammontare del risarcimento, è tuttavia questione anch'essa rimessa alla discrezionalità degli Stati, i quali possono stabilire di concedere a tale titolo somme anche irrisorie.

²⁶ Il *Dispute Settlement Body* è competente esclusivamente per le controversie aventi ad oggetto il mancato rispetto dell'Accordo ovvero le questioni concernenti l'applicazione interna dello stesso, ed è composto dai rappresentanti dei Paesi firmatari.

aggiudicazione. La recente revisione del Gpa, difatti, ha eliminato definitivamente la possibilità, prevista nel vecchio testo, di lasciare liberi gli Stati di non svolgere la procedura di apertura delle offerte pubblicamente.

L' art. X dell' Accordo, altresì, vieta che le amministrazioni includano nei bandi di gara specifiche tecniche che possano frapporre ostacoli agli scambi internazionali, favorendo in qualche modo le imprese domestiche²⁷. Allo scopo di scongiurare il pericolo che l' utilizzo di uno standard tecnico sia volto ad escludere la partecipazione di imprese straniere, il Gpa prevede espressamente che se l' utilizzo di un determinato materiale non sia indispensabile ai fini della garanzia di esecuzione secondo elevati livelli di qualità e sicurezza (art. III), in quanto sostituibile con materiali equivalenti, sarà necessario inserire un' apposita dicitura "equivalente" nel bando, al fine di non incorrere in un' aperta violazione delle norme antidiscriminatorie.

Non sempre tuttavia è semplice riconoscere la natura apertamente discriminatoria di uno standard tecnico. Lo stesso potrebbe essere inserito dall' amministrazione aggiudicatrice al fine di tutelare un più ampio interesse pubblico generale, in risposta ad istanze di sicurezza ovvero di qualità particolari, nel qual caso non sarebbe da considerarsi discriminatorio²⁸.

La linea di confine è molto labile, e rischia di prestarsi ad espediente volto ad eludere la normativa internazionale ed a favorire, così, la diffusione di pratiche scorrette e, si aggiunge, corruttive.

²⁷ Un requisito tecnico ha carattere discriminatorio quando è introdotto al solo scopo di favorire un'impresa domestica. Si pensi, ad esempio, all'indicazione nel bando di uno specifico materiale che è prodotto o impiegato solamente nel territorio nazionale.

²⁸ Sul tema cfr. S. ARROWSMITH, *Government Procurement Agreement in WTO*, in *Kluwer Law International*, 2003, 309 e ss.

Il Gpa tuttavia non contiene alcuna espressa disposizione che contenga misure volte a prevenire o contrastare l'insorgere del fenomeno corruttivo all'interno delle procedure contrattuali²⁹.

Le uniche previsioni che possono influire indirettamente sulla lotta alla corruzione, difatti, sono quelle che tutelano la trasparenza e la pubblicità delle operazioni, in quanto volte a limitare il potere discrezionale delle amministrazioni relativamente ai criteri di aggiudicazione delle offerte ed alle modalità di valutazione delle stesse ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto³⁰.

3. Il ruolo della World Bank: le *Procurement Guidelines*

La disciplina degli appalti pubblici ha acquisito sempre maggiore rilevanza sul piano internazionale, ricevendo attenzioni crescenti da parte di istituzioni ed organismi internazionali.

In particolare, la Banca Mondiale, organizzazione internazionale il cui fine primario è quello di occuparsi del finanziamento e della gestione di programmi di sviluppo nei Paesi non industrializzati, ha emanato delle linee guida al fine di tutelare efficienza e legalità dei progetti di

²⁹ Sul tema si veda S. J. EVENETT, *Multilateral disciplines and government procurement*, in *Development, trade and the WTO: a handbook*, Washington, Worldbank, 2003, p. 417 e ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contatti delle pubbliche amministrazioni*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di) *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2006, 214.

³⁰ Le ragioni sottese al vuoto normativo in materia di lotta alla corruzione risiedono nel potenziale, forte effetto deterrente che le disposizioni avrebbero sull'adesione all'Accordo dei Paesi in via di sviluppo, profondamente restii a partecipare al Gpa a causa delle forti limitazioni che ciò comporta alle regole interne di mercato.

finanziamento destinati alla costruzione di infrastrutture ed alla realizzazione di opere pubbliche nei Paesi poveri³¹.

I contratti di appalto, difatti, costituiscono fondamentale strumento non solo d'impulso ma anche di razionalizzazione dello sviluppo economico dei Paesi non industrializzati.

Allo scopo di finanziare progetti di investimento, nel cui contesto si inserisce la stipula di contratti d'appalto di respiro internazionale, la Banca Mondiale effettua dei prestiti a medio e lungo termine, reperendo a propria volta fondi monetari sul mercato tramite la stipula di contratti di mutuo, dei quali si rende garante della restituzione.

I settori in cui la Banca ha operato il proprio intervento, attraverso il finanziamento di progetti di investimento, sono sensibilmente mutati nel corso degli anni. Si è passati, difatti, dal finanziamento di progetti aventi ad oggetto l'esecuzione di grandi opere che potevano essere realizzate solamente da grandi imprese, negli anni '50 e '60, al finanziamento odierno di progetti agricoli ed industriali di scala ridotta³².

Premessa indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo di promozione dello sviluppo dei Paesi non industrializzati è lo svolgimento

³¹ La World Bank fu istituita con gli accordi di Bretton Woods nel 1944, allo scopo di fornire un contributo finanziario per la ricostruzione dei Paesi europei industrializzati. Il gruppo Banca Mondiale si compone della *International Finance Corporation*, della *Multilateral Investment Guarantee Agency* e dell' *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, e gestisce sia i finanziamenti dell' *International Bank for Reconstruction and Development (Ibrd)* che quelli dell' *International Association for Development (Ida)*.

³² La decisione di finanziamento da parte della Banca costituisce spesso il risultato di lunghe ed articolate trattative negoziali. Ciascun progetto di investimento difatti può avere ad oggetto la stipula di diversi contratti, ognuno dei quali rispondente ad un tipo negoziale differente caratterizzato da specifiche procedure. Si pensi, per esempio, alla disciplina dei contratti di consulenza stipulati tra la Banca e i professionisti di settore deputati alle analisi e studi di pre-investimento.

È bene specificare che i finanziamenti della Banca Mondiale sono parziali, non coprendo per intero i costi relativi all'esecuzione dei contratti. Gli stanziamenti necessari a coprire i costi di esecuzione dei contratti di lavoro e forniture di beni e servizi, ad esempio, provengono in parte dalla Banca ed in parte dai fondi di enti privati e di altri istituti bancari, ovvero da Governi di altri Paesi, sotto la spinta della Banca Mondiale.

delle operazioni di aggiudicazione dei contratti finanziati in ossequio ai principi di efficienza e correttezza. A tal uopo la Banca ha elaborato una serie di criteri, procedure, schemi contrattuali e *standard* che le stazioni appaltanti hanno l'onere di rispettare ed adottare.

Trattasi di un complesso di regole e principi aventi natura sostanziale e procedimentale, che sia gli istituti bancari a carattere regionale di cui la Banca Mondiale si avvale che le agenzie che si occupano dell'esecuzione dei progetti finanziati dall'Istituzione hanno l'onere di rispettare, contenuti nelle *Procurement Guidelines*, pubblicate nel 1961 e disciplinanti i contratti pubblici di fornitura di servizi, acquisto di beni e realizzazione di lavori³³.

Obiettivo primario della disciplina sottesa all'emanazione delle Linee-guida è quello di operare i necessari controlli affinché i Paesi cui i finanziamenti sono destinati predispongano adeguate misure legislative al fine di garantire una corretta ed efficiente realizzazione dei progetti e scongiurare il diffondersi di episodi corruttivi³⁴.

Perché le istanze di efficienza, legalità e correttezza possano essere assicurate, si rende necessario il rispetto di specifiche misure predisposte per la tutela dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenza e lotta alla corruzione (sanciti anche in seno all'Unione Europea).

Gli *standard* richiesti dalla *Guidelines* richiedono un adeguamento delle legislazioni nazionali dei Paesi degli enti appaltanti a criteri che spesso si rivelano più stringenti di quelli previsti dalla disciplina

³³ La disciplina delle *Procurement Guidelines* si applica esclusivamente ai contratti pubblici che rientrano all'interno dei progetti finanziati dalla *International Bank for Reconstruction and Development* e dall'*International Association for Development*.

³⁴ I Paesi in via di sviluppo, a differenza di quelli industrializzati, sono privi di adeguate discipline di prevenzione e lotta alla corruzione, difettando gli stessi di una vera e propria cultura in materia di anticorruzione. Circostanza per la quale tra le disposizioni delle Linee-guida non rientra la disciplina di procedure flessibili quali il dialogo competitivo. Cfr. W. DEBEVOISE, C. YUKINS, *Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The government Contractor*, 2010, vol. 52, n. 21 (consultabile in www.papers.ssrn.com).

domestica. Il rispetto degli stessi è circostanza imprescindibile ai fini del finanziamento, e consente oltretutto ai Paesi destinatari dello stesso di aggiornarsi a criteri e procedure contrattuali di respiro internazionale³⁵.

Un ruolo cardine ricopre in materia il principio di trasparenza, attorno al quale ruota un sistema di regole che ne garantiscono il rispetto, tra le quali rientrano le prescrizioni contenenti gli oneri per le stazioni appaltanti di redigere i bandi di gara in maniera chiara, puntuale e dettagliata, in modo tale che possa essere assicurata una quanto più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione³⁶.

Il rispetto del principio di pubblicità esige che sia data conoscenza effettiva non solamente della documentazione di gara, ma di ogni fase in cui si snoda il procedimento di aggiudicazione, affinché possa scongiurarsi il pericolo di insorgenza di fenomeni corruttivi.

La lotta alla corruzione, nell'ambito delle *Guidelines*, assume un notevole rilievo, che giustifica eventuali e prepotenti ingerenze da parte dell'Istituzione al fine di garantire il rispetto delle regole poste a tutela della correttezza delle operazioni contrattuali finanziate.

È prevista, difatti, per la Banca la possibilità di vincolare le stazioni appaltanti ad agire in ossequio alle prescrizioni contenute nelle linee-guida, anche qualora ciò confliggesse con la normativa statale.

³⁵ In quanto Paesi poveri, non industrializzati, gli stessi hanno pieno interesse a rispettare le *Guidelines*, pena la perdita dei fondi destinati allo sviluppo. Il mancato rispetto delle prescrizioni delle *Guidelines* per condotta fraudolenta, ad esempio, è causa del rigetto da parte della Banca dell'offerta, di annullamento del finanziamento del contratto (qualora lo stesso sia in fase di esecuzione), infine di un trattamento sanzionatorio particolarmente gravoso. La Banca può difatti precludere all'operatore economico la partecipazione, anche a tempo indeterminato, a qualsiasi progetto dalla stessa finanziato.

³⁶ Cfr. le *Procurement Guidelines*, par. 2.16 e 2.17. Più il bando ed i documenti di gara sono formulati in maniera chiara, precisa e dettagliata, maggiori saranno le offerte presentate, a garanzia del rispetto del principio di concorrenza della competizione.

L'Istituzione ha un diretto interesse a verificare che le risorse investite nei progetti siano impiegate dagli Stati in maniera proficua ed efficiente³⁷.

Lo scopo è quello di evitare che vengano poste in essere condotte collusive e fraudolente, contrastanti con le regole di etica professionale, tra le quali rientrano le modifiche apportate ai criteri di aggiudicazione e di valutazione delle offerte in un momento successivo alla presentazione delle stesse, la eccessiva dilatazione dei tempi di valutazione, le plurime aggiudicazioni a favore di un'impresa.

Per ostacolare il verificarsi di tali condotte, è stato istituito presso la Banca il *Department of Institutional Integrity*, al quale è affidato il compito di individuare i casi di corruzione e frode disciplinati dalle Linee-guida. Qualora riscontri casi di violazione, il *Department of Institutional Integrity* avvia un apposito procedimento amministrativo di carattere sanzionatorio³⁸.

Il Dipartimento è un ufficio autonomo, ed ha natura indipendente rispetto all'organizzazione del gruppo BMC. Tuttavia rimane ad esso inscindibilmente legato e vincolato, non godendo della facoltà di azionare autonomamente i meccanismi sanzionatori, attivabili esclusivamente in caso di violazione delle norme anticorruzione, e non per qualunque tipo di inosservanza della disciplina generale dei contratti pubblici. Circostanza che ne depotenzia, di fatto, la funzione di controllo.

A risentirne è l'intero sistema di vigilanza e controllo predisposto dalle *Guidelines*, che difetta di strumenti adeguati che garantiscano una corretta applicazione delle regole da parte dei Paesi destinatari dei finanziamenti.

³⁷ Cfr. R. HUNIA, *Recent Revisions to the World Bank's Procurement and Consultants Selection Guidelines*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, n. 6, 217 e ss.

³⁸ Il sistema sanzionatorio disciplinato dal *Department of Institutional Integrity* viene attivato nei soli casi di frode e corruzione. Non opera invece a tutela della correttezza delle operazioni, quali il rispetto dei criteri di aggiudicazione, qualora la stessa non sia in qualche modo legata al manifestarsi di fenomeni corruttivi.

Il limite più grande all'applicazione delle *Procurement Guidelines* è però costituito dal fine stesso cui i finanziamenti sono destinati.

Da un lato la cooperazione allo sviluppo ha favorito l'ingresso di Paesi non industrializzati nel mercato ed ha consentito la nascita di discipline interne dei contratti pubblici, costituendo un incentivo alla diffusione di una cultura degli appalti laddove mancava. Dall'altro, però, l'attività contrattuale in questione è limitata entro i confini dei progetti finanziati e della cooperazione allo sviluppo, valicati i quali i Paesi perdono l'interesse (mancandone altresì gli adeguati strumenti di controllo) a rispettare le regole dettate in materia nello scenario internazionale.

La circostanza che sia promossa un' educazione alle regole di mercato sulle quali poggiano le basi della intera disciplina contrattuale internazionale, pertanto, non può definirsi vero e proprio traguardo. In ciò le *Guidelines* si discostano strutturalmente dalla disciplina del *Government Procurement Agreement*.

Ulteriori distinzioni tra il Gpa e le *Guidelines* si riscontrano nel modo in cui i due sistemi concepiscono il rispetto degli standard di concorrenza, trasparenza e correttezza (intesa quest'ultima in termini etica professionale).

Se nel Gpa, difatti, la tutela della concorrenza è attuata attraverso la predisposizione di discipline che consentono un' apertura del mercato ad un numero di imprese che sia il più ampio possibile, nel circuito delle Linee-guida della Banca Mondiale il principio di concorrenza è strumentale al raggiungimento della promozione allo sviluppo, e pertanto si intende garantito qualora i limiti ad essa imposti non la comprimano eccessivamente³⁹.

³⁹ Vieppiù, il rispetto delle regole e degli standard fissati in materia di aggiudicazione dell'offerta determina l'azionarsi di meccanismi di controllo e sanzionatori solamente nella misura in cui siano poste in essere condotte corruttive e

Tra le pratiche restrittive della concorrenza maggiormente diffuse nel settore della cooperazione allo sviluppo e che la disciplina delle *Guidelines* mira a contrastare, la prassi annovera la di richiesta specifici ed inutili requisiti di certificazione o di registrazione che abbiano come unico scopo quello di restringere il numero delle imprese concorrenti; l'inserimento nel bando di particolari marchi e specifiche tecniche, al solo fine di individuare specifiche modalità tecniche di esecuzione che si discostino dagli standard internazionali, e siano volte a ridurre ulteriormente lo spettro di probabili concorrenti⁴⁰.

I Paesi beneficiari, e per essi le pubbliche amministrazioni che aderiscono al sistema delle *Guidelines*, hanno l'onere di adeguare le discipline interne alle prescrizioni in esse contenute⁴¹.

La politica di contrasto alla corruzione perseguita dalla Banca, prevede il rispetto di rigorosi standard di etica professionale per funzionari pubblici ed imprese concorrenti. A tal uopo l'Istituzione,

collusive. La tutela del principio di concorrenza assume inevitabilmente carattere marginale e strumentale anche alla disciplina anticorruzione.

⁴⁰ La previsione di marchi all'interno del bando è ammessa, ex par. 2.2 *Procurement Guidelines*, solamente qualora venga inserita altresì la dicitura "o equivalente", al fine di evitare discriminatorie restrizioni della concorrenza.

Quello delle "specifiche tecniche" è un tema molto caldo anche in sede europea. Già la direttiva 18/2004/CE, art. 23, prevedeva che "le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza". Il legislatore europeo pone il divieto di utilizzare specifiche tecniche che facciano menzione di fabbricazioni o proveniente particolari, ovvero di marchi il cui unico scopo sia quello di favorire o eliminare alcune imprese. Per una disamina più dettagliata della questione si rimanda al capitolo II del presente lavoro.

⁴¹ L'adeguamento delle discipline interne dei Paesi beneficiari alle previsioni contenute nelle *Procurement Guidelines* consente, in via indiretta, agli stessi l'ingresso nel sistema globale dei contratti pubblici. Le Linee-guida sanciscono il rispetto di standard più rigorosi, e dispiegano effetti non solamente relativamente all'appalto in corso, influenzando bensì l'intero assetto normativo delle discipline nazionali, sprovviste di adeguati strumenti che consentano una regolazione improntata a criteri di economicità, efficienza, concorrenza, trasparenza, pubblicità e prevenzione della corruzione. I Paesi in via di sviluppo, privi di una cultura dei *procurement*, entrano così in contatto con il regime occidentale dei contratti pubblici, che ha alle spalle decenni di storia di trattati, convenzioni internazionali, legislazioni europee e nazionali.

qualora previsto dal bando, effettua controlli e verifiche aventi ad oggetto scritture contabili, atti e documenti di stazioni appaltanti ed operatori economici. Nel caso in cui l'esito dell'attività ispettiva lasci emergere la presenza di pratiche corruttive ovvero qualora si eludano gli *standard* imposti, la Banca ha la facoltà di revocare i finanziamenti, disporre l'esclusione dalla gara ovvero il rigetto dell'aggiudicazione, applicare sanzioni alle imprese, tra le quali rientra la preclusione a concorrere per la partecipazione a progetti dalla stessa finanziati⁴².

Relativamente alla tutela ed all'applicazione del principio di concorrenza, che come anticipato ha carattere strumentale rispetto alla promozione delle politiche di sostegno ed incentivo allo sviluppo finanziate dalla Banca, le *Guidelines* al par. 1.3 "eleggono" l' *International Competitive Bidding* (Icb) a sistema di gara aperta maggiormente efficiente nel mercato dei *public procurement*.

Il sistema di gara aperta può però subire delle deroghe. Qualora, ai fini della realizzazione di un progetto, il ricorso all' Icb non si riveli per la Banca il metodo economicamente più conveniente di conclusione di un contratto pubblico, è prevista la possibilità di ricorrere a procedure ristrette e licitazioni private⁴³.

⁴² Gli *standard* di etica professionale e la normativa anticorruzione di cui trattasi sono quelle specificamente imposte dalla Banca. Ai fini dell'applicazione delle discipline nazionali in materia di prevenzione e contrasto del fenomeno corruttivo, i Paesi devono attendere il giudizio della Banca circa l'idoneità delle stesse al raggiungimento dello scopo.

⁴³ L'Icb, e con esso il principio di concorrenza, subiscono delle deroghe in favore dell'applicazione di altre procedure, quali la *Limited International Bidding* ed il *Direct contracting*. La deroga al principio di concorrenza e *par condicio* dei contraenti è ammessa in quanto funzionale al perseguimento degli obiettivi di sviluppo della Banca, rispetto ai quali la concorrenza agisce come mezzo. Per tale ragione le *Guidelines* ammettono la possibilità di usufruire di canali preferenziali di aggiudicazione a favore di alcune imprese domestiche. È tuttavia possibile usufruire del canale della *Limited International Bidding* solamente nelle ipotesi in cui ci sia un numero limitato di fornitori, ovvero in tutti gli altri casi in cui ragioni di natura eccezionale giustifichino la deroga alle procedure aperte dell'Icb (par. 3.2).

La presenza di numerosi canali alternativi rispetto all' *International Competitive Bidding* e la deroga al principio di imparzialità nell'aggiudicazione (a favore delle imprese domestiche) conferma l'assunto secondo il quale la tutela della competizione si riduce a mero strumento di realizzazione delle politiche di sviluppo, rispetto al fine di garantire la maggiore partecipazione delle imprese sul mercato.

Nonostante dall'impianto delle *Guidelines* si evinca una tendenza a limitare l'utilizzo di procedure alternative a quelle aperte, tuttavia il ricorso a pratiche restrittive della concorrenza è molto più usuale rispetto a quanto previsto nel Gpa, a causa del maggior peso che in tale sistema rivestono altre tipologie di interessi di natura collettiva, legati alle politiche di sviluppo.

Le Linee-guida fissano però dei criteri standard di carattere internazionale, da rispettare durante la fase di valutazione delle offerte e di scelta del contraente affinché siano garantiti i parametri di efficienza ed economicità propri delle procedure aperte. Il ricorso a *standard* nazionali è difatti ammesso solamente qualora i primi si rivelino non sufficientemente adeguati, e purché sia garantito che l'esecuzione avvenga con materiali, tecniche ed attrezzature di qualità equivalente.

I suesposti espedienti non sono di per sé sufficienti a scongiurare il pericolo che vengano poste in essere pratiche restrittive della concorrenza. Tra quelle maggiormente diffuse nel settore della cooperazione allo sviluppo, la prassi annovera la richiesta di specifici ed inutili requisiti di certificazione o registrazione, che le imprese devono soddisfare ai fini della partecipazione alla gara, e che abbiano come unico scopo quello di restringere il numero dei partecipanti.

Le *Guidelines* disciplinano altri tipi di procedure ristrette, quali quelle di *shopping*, prevista nei casi di contratti aventi ad oggetto opere civili di modesto valore; e quella di *direct contract*, che si svolge in assenza di gara e pertanto è prevista solamente in casi di monopolio, ovvero in presenza di disastri naturali ed aventi a carattere imprevedibile.

Restrittive della concorrenza si rivelano inoltre le pratiche di inserimento nel bando dell'indicazione di particolari marchi, utili all'individuazione di specifiche modalità di esecuzione del contratto⁴⁴. Queste ultime possono discostarsi dai tradizionali parametri riconosciuti sul piano internazionale, quali quelli Iso, in favore dell'applicazione di standard domestici solamente qualora vengano assicurati i medesimi criteri qualitativi di esecuzione.

La prassi registra tuttavia un mutamento di prospettiva circa la vincolatività delle Linee-guida, le cui disposizioni hanno acquisito nel tempo valenza di regole sostanziali e sono per ciò stesso osservate e correttamente applicate dagli Stati, i quali temono di non ricevere i finanziamenti necessari ai fini della realizzazione del progetto⁴⁵.

Il rispetto delle prescrizioni contenute nelle *Guidelines*, da parte dei Paesi destinatari, costituisce come anticipato presupposto ai fini della concessione dei finanziamenti della Banca. Quest'ultima, però, pur avendo la facoltà di verificare il corretto svolgimento delle procedure interne, in ossequio alle prescrizioni contenute nelle *Procurement Guidelines*, non dispone di strumenti adeguati che possano vincolare formalmente al rispetto delle stesse.

Le regole delle Linee-guida, alle quali si fa espresso richiamo nei documenti di approvazione del progetto, disciplinano la disapplicazione del diritto interno nelle ipotesi di contrasto.

⁴⁴ La previsione di marchi all'interno del bando è ammessa, ex par. 2.2 *Procurement Guidelines*, solamente qualora venga inserita altresì la dicitura "o equivalente", al fine di evitare discriminatorie restrizioni della concorrenza.

⁴⁵ È possibile che determinati Stati beneficino di aiuti provenienti da un individuato gruppo di Paesi (è il caso dei *taid aid*, i c.d. "aiuti vincolati"), circostanza alla quale seguono limitazioni e deroghe alla disciplina della concorrenza, operate dalla Banca a vantaggio delle imprese che operino all'interno del gruppo di Stati finanziatori, e che determina per gli Stati beneficiari una rilevante ingerenza nel settore dei contratti pubblici, la cui disciplina risulta condizionata non solo dalle politiche dei Paesi finanziatori, ma anche dai piani di cooperazione per lo sviluppo dell'Istituzione.

Al fine di scongiurare tali evenienze e di garantire uniformità tra disciplina interna e sovranazionale, la Banca effettua periodiche verifiche e controlli. Il suo intervento è però limitato al riesame degli atti di gara, alla vigilanza sul rispetto della normativa anticorruzione, al controllo delle fasi di scelta del contraente e di aggiudicazione della gara⁴⁶, non estendendosi anche al rilievo di eventuali (mere) irregolarità non strettamente connesse ad episodi corruttivi.

L'attività di verifica ed accertamento viene altresì svolta dalla Banca per opera di un organismo indipendente: l' *Inspection Panel*⁴⁷. Tra le funzioni ad esso conferite, però, non rientra quella giurisdizionale in merito ai ricorsi presentati dagli Stati beneficiari dei finanziamenti. La ragione potrebbe risiedere, verosimilmente, nella *ratio* sottesa alla sua istituzione: la verifica della correttezza della realizzazione dei progetti⁴⁸.

L'accoglimento di ricorsi in materia e l'applicazione degli appositi trattamenti sanzionatori, qualora le procedure presentino delle irregolarità, è invece attribuito alle autorità nazionali competenti. Occorre però precisare che, nonostante molti dei progetti finanziati dalla Banca si siano rivelati fallimentari (stando ai rapporti delle indagini dalla stessa effettuate), nessuno Stato membro, beneficiario o finanziatore, ha sinora presentato ricorso all'*Inspection Panel* avverso l'attività della Banca Mondiale.

Ulteriore nodo critico nella disciplina delle *Guidelines* è rappresentato dalla mancanza di una normativa apposita che disciplini l'accesso agli atti

⁴⁶ I criteri di scelta del contraente sono quelli fissati dal legislatore nazionale, in ossequio alla disciplina delle *Procurement Guidelines*.

⁴⁷ L'*Inspection Panel* della Banca Mondiale è un organismo dotato di poteri di controllo delle procedure di appalto finanziate dalla Banca. Si compone di tre funzionari appartenenti a tre diversi Stati membri, ed ha il compito di verificare ed accertare eventuali violazioni nell'esecuzione dei progetti della Banca.

⁴⁸ Un eventuale intervento giurisdizionale da parte dell'organismo nell'ambito di controversie aventi ad oggetto appalti finanziati dalla Banca, stando a questa impostazione, potrebbe difatti essere interpretata quale indebita ingerenza in materie di competenza esclusiva statale.

e documenti interni della Banca, nonché un sistema di regolazione delle controversie a carattere sovranazionale⁴⁹. La Banca, difatti, se da un lato è abilitata a ricevere contestazioni aventi ad oggetto violazioni delle modalità di svolgimento delle procedure, dall'altro non ha competenza a deciderle.

Nei casi in cui venga accertata la presenza di pratiche corruttive, la Banca commina apposite sanzioni a carico delle imprese che abbiano operato illegalmente. La sanzione avente carattere maggiormente afflittivo è l'esclusione delle imprese dalle gare, attraverso la dichiarazione di *no-eligibility*, in quanto quest'ultima può essere estesa a tutte le gare d'appalto future, per un determinato lasso di tempo.

Si obietta tuttavia circa la reale efficacia del trattamento sanzionatorio in questione, in quanto facilmente eludibile dalle imprese, per le quali è sufficiente modificare il nome e la sede legale per poter rientrare nel circuito delle imprese *eligible*, e dunque potenziali destinatarie di finanziamenti da parte della Banca.

La Banca ha la facoltà di applicare inoltre misure a carattere non sanzionatorio, consistenti in un irrigidimento dei controlli tramite un esame più rigoroso dei documenti di gara, il monitoraggio della situazione finanziaria delle imprese concorrenti. Suddetto espediente non appare però sufficientemente adeguato a scongiurare i fenomeni corruttivi, in quanto non garantisce l'analisi delle pratiche poste in essere in violazione delle discipline che regolano i criteri di aggiudicazione, gli obblighi di trasparenza e pubblicità. Ciò anche a causa dell'esclusione della

⁴⁹ Quanto alle controversie aventi ad oggetto l'attività amministrativa posta in essere dalla Banca, atti e documenti concernenti eventuali ricorsi presentati dagli Stati non sono accessibili, e ciò in contrasto alle politiche di trasparenza e pubblicità dalla stessa perseguite.

La Banca Mondiale è competente a conoscere sui ricorsi e ad intervenire in caso di controversie, operando tramite l'ausilio di apposite commissioni, quali la *Purchasing Review Committee* e la *Procurement Committee*. Tuttavia è negato il diritto di accesso agli atti procedurali, e l'Istituzione si limita a rendere pubblici esclusivamente atti e documenti attestanti gli esiti con cui le relative questioni si concludono.

partecipazione alle operazioni di controllo e vigilanza degli operatori economici, i quali essendo a conoscenza delle pratiche corruttive più diffuse, potrebbero assumere un ruolo di rilievo nell'individuazione dei fenomeni di malversazione e corruzione.

L'esclusione della partecipazione degli operatori economici si accompagna all'inadeguatezza dei meccanismi interni di risoluzione delle controversie, che determina la nascita di innumerevoli e variegati sistemi giuridici, che non garantiscono uniformità di tutela ed un sindacato giurisdizionale sufficientemente indipendente⁵⁰.

La ragione sottesa alla scarsa attenzione delle *Guidelines* per la tutela giurisdizionale risiede nella stessa *ratio* della disciplina che le ha istituite, che si limita alla verifica del buon esito delle operazioni finanziate dalla Banca per promuovere lo sviluppo economico. A tal uopo gli appalti pubblici si sono rivelati lo strumento maggiormente efficiente per la realizzazione di opere e l'acquisto di beni e servizi da parte dei Paesi beneficiari.

Ulteriori nodi critici si riscontrano inoltre in relazione all'applicazione dei criteri minimi fissati dall'Accordo di concessione del finanziamento. La prassi in proposito registra numerosi casi di suddivisione di contratti sopra soglia in una moltitudine di contratti di importo notevolmente inferiore, al solo scopo di eludere l'operare della disciplina dell'Icb, e con essa il regime più rigido di controlli. L'inidoneità della programmazione, sovente effettuata in difetto di specificazione di modalità e tempi di realizzazione dell'opera, determina un'arbitraria dilatazione dei tempi ed inevitabilmente un innalzamento dei costi.

⁵⁰ L'omessa previsione nel contratto di specifiche clausole che prevedano e garantiscano che l'appalto sia portato ad esecuzione secondo modalità e tempi prestabiliti (e che fissino altresì l'eventuale ammontare del risarcimento danni da ritardo nell'esecuzione dell'opera) costituisce un forte limite per le amministrazioni aggiudicatrici, che rimangono sprovviste di titolo legittimante per agire in giudizio.

Altro espediente volto ad eludere le *Guidelines* è quello utilizzato dalle imprese che operano sullo scenario internazionale, le quali si servono di sedi nazionali al fine di usufruire di eventuali canali preferenziali di aggiudicazione degli appalti in favore delle imprese domestiche, abitualmente previsti ai fini della promozione dello sviluppo delle economie locali dei Paesi beneficiari.

I dati sin qui riportati rimarcano come la semplice adozione delle Linee-guida non sia bastevole a garantire un' efficiente esecuzione di contratti di appalto nell'ambito della realizzazione dei programmi di sviluppo. Autorevole dottrina sostiene in merito l' esistenza di un legame indissolubile tra un' adeguata ed efficiente applicazione delle regole sovranazionali e la preparazione dei funzionari delle agenzie nazionali⁵¹. Preparazione che matura attraverso l'esperienza derivante dall'applicazione della disciplina sovranazionale ai casi concreti, e dunque tramite una regolamentazione domestica efficace.

Per tale ragione la Banca Mondiale ha sin da sempre manifestato il proprio interesse a che si creassero dei contesti normativi e culturali omogenei e predisposti ad accogliere e recepire le normative sovranazionali in materia di tutela della concorrenza, della trasparenza e dell'efficienza dei contratti pubblici, soprattutto all'interno di ordinamenti giuridici caratterizzati da economie deboli⁵².

Gli interventi posti in essere dall'Istituzione tuttavia si sono rivelati poco efficaci, soprattutto in considerazione della pratica sempre più

⁵¹ H. CAROLI CASAVOLA, *op. cit.*, p. 144

⁵² La Banca Mondiale ha a tal uopo dato impulso a varie forme di coordinamento tra le legislazioni nazionali dei Paesi membri, allo scopo di facilitare non solo l'applicazione interna, bensì di favorire un processo di armonizzazione dei sistemi. Ricordiamo in proposito la conclusione nel 2010 dell' *Agreement on Cross-Debatment Among Multilateral Development*, volto a dar vita ad un sistema comune di accettazione ed applicazione delle delibere di esclusione dalla partecipazione ai contratti delle istituzioni della Banca. In materia cfr. S.S. ZIMMERMANN, F. A. FARIELLO Jr., *International Financial Institutions and Global Legal Governance*, in *The World Bank Legal Review*, vol. 3, p. 189 e ss.

diffusa, anche tra i Paesi non industrializzati, di ricorrere a finanziamenti privati. Circostanza che ha insinuato il dubbio in seno a parte della dottrina su quali siano i reali interessi della Banca nelle concessioni di aiuti per lo sviluppo.

Può difatti verificarsi che le deliberazioni dell'Istituzione siano talvolta frutto di manovre politiche. Le scelte della Banca potrebbero subire influenze dalla valutazione di eventuali reazioni negative di alcuni Stati finanziatori, per scongiurare le quali l'Istituzione si vedrebbe "costretta" ad esercitare pressioni politiche sui Paesi beneficiari. La Banca Mondiale (e con essa le politiche di sostegno allo sviluppo) si vedrebbe ridotta a mero fantoccio in mano ai Paesi finanziatori che volessero approfittare della propria posizione di primazia al fine di ingerirsi ingiustificatamente nelle decisioni interne di carattere politico degli Stati beneficiari⁵³.

L'imparzialità dell'operato della Banca viene ulteriormente messa in discussione dalla facoltà detenuta dal Consiglio di revocare la decisione di assegnazione di un finanziamento, qualora nascano dei contrasti al suo interno tra i Paesi finanziatori⁵⁴. Così l'ingerenza sulle politiche

⁵³ Suddette pratiche sono poste in aperto contrasto con quanto previsto dall'Accordo istitutivo della IBRD (*International Bank for Reconstruction and Development*), il quale sancendo il divieto di ingerenza nelle questioni politiche dei Paesi beneficiari, sottolinea la natura non politica del mandato conferito alla Banca. In particolare, all'art. IV, sez. 10, si statuisce che "The Bank and its officers shall not interfere in the political affairs of any member; nor shall they be influenced in their decisions by the political character of the members concerned. Only economic considerations shall be relevant to their decisions, and these considerations shall be weighed impartially in order to achieve the purposes stated in Article I". Sul tema cfr. L. PES, *Teorie dello sviluppo giuridico. Dal movimento di law and development all'esperienza neoliberale*, Tangram Edizioni scientifiche, Trento, 2012, 167 e ss; M.E. WADRZYK, *Is it Appropriate for the World Bank to promote democratic standards in a borrower country?*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1999, 553 e ss.; N. AKPINARLI, *The fragility of the "failed State" paradigm: a different international law perception of the absence of effective government*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2012, 199 e ss.

⁵⁴ Abitualmente, i contrasti si manifestano relativamente ai prestiti elargiti a condizione che venga apposto il vincolo per i Paesi beneficiari di adottare politiche economiche liberali.

economiche si fa più penetrante, ed in caso di mancato rispetto da parte dei beneficiari delle condizioni pattuite, la Banca, al fine di risolvere conflitti e prevenire situazioni di stallo, “si vede costretta” a provvedere in favore delle richieste dei finanziatori.

Il potere decisionale in seno al Consiglio è pertanto detenuto dai Paesi che posseggono maggiore diritto di voto, che svolgono un ruolo determinante nella deliberazione della concessione dei finanziamenti, nonché nelle fasi di programmazione ed esecuzione dei progetti⁵⁵.

A rendere la situazione ancora più critica contribuiscono l'insufficienza e l'inadeguatezza dei meccanismi sanzionatori predisposti in caso di inosservanza delle disposizioni contenute nelle *Guidelines*, sia sotto il profilo giudiziario che sul versante fiscale⁵⁶.

Le uniche violazioni passibili di suscitare l'attivazione di procedimenti amministrativi sanzionatori, come si è già avuto modo di specificare, sono quelle concernenti i casi di corruzione, collusione e frode espressamente sanciti dalle Linee-guida. La funzione di controllo è affidata ad un ufficio esterno, il *Department of Institutional Integrity*, il quale limita la propria attività investigativa alla verifica del rispetto dei criteri di aggiudicazione e delle procedure di selezione dei contraenti nelle ipotesi di violazione delle regole anticorruzione da parte degli operatori ovvero dei funzionari della Banca.

A fianco delle vistose lacune si segnalano esigui elementi positivi. Se da un lato le *Guidelines* svolgono un ruolo cruciale nella creazione di un contesto globale nel mercato dei contratti pubblici, in cui si sono inseriti

⁵⁵ Sulla composizione ed il funzionamento del Gruppo Banca Mondiale cfr. www.worldbank.org.

⁵⁶ Sul versante giudiziario, la Banca Mondiale non risponde direttamente di eventuali inadempienze o violazioni compiute dai propri funzionari nello svolgimento delle proprie funzioni, poiché le indicazioni dagli stessi fornite circa la realizzazione delle opere non rientrano tra le materie oggetto di competenza dell' *Inspection Panel*. Sul versante fiscale gli strumenti di controllo si risolvono in mere verifiche effettuate da società terze, nominate dalla Banca, che però non hanno il potere di applicare eventuali sanzioni.

Paesi sino a quel momento privi di una cultura economica liberale, dall'altro le stesse sono venute alla luce con un grande limite.

L'attività contrattuale disciplinata e promossa dalle Linee-guida è finalizzata al sostegno delle politiche di promozione allo sviluppo, a tal uopo gli Stati beneficiari sono tenuti al rispetto delle normative poste a tutela della trasparenza, concorrenza e correttezza delle operazioni, pena la mancata concessione ovvero la revoca dei finanziamenti. Una volta terminata la realizzazione dei progetti, e raggiunto l'obiettivo preposto dalle Linee-guida, tuttavia, gli Stati perdono l'interesse a rispettare le normative sovranazionali.

Per tale ragione, sotto diversi profili le regole dettate dal Gpa si rivelano più adeguate a dar vita a discipline nazionali che rimangano conformi agli standard richiesti in maniera più durevole.

Accordi, convenzioni e Linee-guida, per concludere, si sono rivelati una disciplina tutto sommato imperfetta, in tema di regolazione del settore degli appalti pubblici, nonostante gli indubbi meriti vantati in tema di sviluppo e promozione di un contesto globale improntato alle regole di pubblicità della gara e procedure aperte ad operatori economici esterni al contesto nazionale.

Si registrano vantaggi anche in termini più spiccatamente economicistici, in quanto ad un rafforzamento delle regole di trasparenza e pubblicità segue necessariamente un incremento della circolazione delle informazioni di cui le parti dispongono, fattore che determina un'inevitabile riduzione dei costi di transazione⁵⁷.

⁵⁷ Per una disamina più approfondita dell'argomento cfr. R. KEOHANE, *The demand for international regimes*, in *International regimes*, KRASNER (a cura di), 1983.

4. La lotta alla corruzione nello scenario internazionale: la Convenzione Ocse

Il legislatore internazionale ha cominciato ad avvertire il peso della corruzione nel settore degli appalti pubblici relativamente tardi.

La WTO, difatti, è rimasta sprovvista di una legislazione anticorruzione sino al 1997. Il merito dell'avvio di trattative finalizzate alla stipula di una convenzione in materia va agli Stati Uniti, che sul finire degli anni Ottanta diedero impulso ad un'attività di promozione in seno all'Ocse (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) di politiche miranti alla trasformazione delle discipline anticorruzione di *soft law* in misure a carattere vincolante.

Sino a quel momento i Paesi europei difettavano di una legislazione penale in materia di corruzione dei funzionari pubblici stranieri, fenomeno che aveva un peso rilevante in termini di distorsione della concorrenza, ma che tuttavia non riceveva contrasto alcuno.

I Paesi europei membri dell'Ocse cominciarono a manifestare il proprio interesse solo a partire dai primi anni Novanta, periodo che vide frequenti ed accesi dibattiti e numerosi incontri diplomatici che portarono alla stipula, nel novembre del 1997, della *Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* ⁵⁸.

Obiettivo principale della Convenzione Ocse è la tutela del libero mercato e dello sviluppo economico dalla corruzione, definita quale «fenomeno diffuso nelle operazioni economiche internazionali, ivi

⁵⁸ La Convenzione del 1997 altro non è che una sorta di trasposizione della normativa, o meglio, della prassi attraverso la quale il legislatore statunitense affronta la questione della corruzione dei funzionari pubblici, in un contesto internazionale. In quanto strumento di natura pattizia, inoltre, vincola le Parti al rispetto delle disposizioni in essa contenute, pena l'applicazione di meccanismi sanzionatori di matrice penale, che nello specifico presentano i caratteri della deterrenza e dell'efficacia.

comprese le operazioni commerciali e gli investimenti, che desta serie preoccupazioni morali e politiche, mina la corretta gestione degli affari pubblici e lo sviluppo economica e altera le condizioni internazionali in materia di concorrenza»⁵⁹.

La Convenzione Ocse disciplina il reato di corruzione attiva di funzionari pubblici stranieri (art. 1), vincolando tutti i Paesi firmatari a perseguire penalmente la condotta rientrando nella fattispecie⁶⁰.

Al fine di contrastare le pratiche corruttive che affliggono il commercio internazionale in materia di contratti pubblici, sono state inserite nella Convenzione specifiche disposizioni ed allegati volti a tutelare le gare da eventuali turbative d'asta ed altre pratiche collusive, tuttavia permane un vuoto normativo circa la disciplina del relativo procedimento⁶¹.

Alla Convenzione si sono affiancate altre iniziative di regolazione, quali l'emanazione delle *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* del 2009, che disciplinano la turbativa d'asta ed elencano una serie di provvedimenti che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero adottare per definire le procedure di aggiudicazione in modo tale da

⁵⁹ Cfr. il Preambolo della Convenzione Ocse, in www.ocse.org.

⁶⁰ Per reato di corruzione di pubblici ufficiali stranieri si intende "il fatto di chi intenzionalmente offra, prometta, o dia qualsiasi indebito beneficio pecuniario o di altra natura, direttamente o per mezzo di intermediari, ad un pubblico ufficiale straniero, per lui o per un terzo, affinché l'ufficiale compia o si astenga dal compiere atti in relazione a doveri d'ufficio, per conseguire o conservare un affare o un altro vantaggio indebito nell'ambito del commercio internazionale" (art. 1)

⁶¹ Una delle importanti novità apportate dalla Convenzione consiste nell'aver conferito una veste di illecito transnazionale a condotte in precedenza impunte e nell'aver configurato forme di responsabilità amministrativa e penale in capo alle persone giuridiche.

Il primo caso italiano di applicazione della normativa recante forme di responsabilità penale per le persone giuridiche concerne la vicenda *Enelpower* del 2004, che aveva ad oggetto un accordo collusivo avente ad oggetto fondi neri e pagamento di tangenti da parte dei dirigenti della società, allo scopo di ottenere l'aggiudicazione di appalti per l'installazione di turbine a gas. Per un commento della sentenza, si veda L. BORLINI, *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell' OCSE e delle NU, il caso Enelpower, la "Tangentopoli" irachena*, in *Comunità intern.*, 2005, 75 e ss.

ridurne il rischio⁶². Sorgono tuttavia perplessità in merito alla reale adeguatezza di uno strumento di *soft law* come le Linee-guide a regolare efficacemente la materia dei contratti pubblici.

Alla Convenzione Ocse va attribuito il merito di essere stata il primo anello di una lunga catena di interventi di carattere internazionale volti a contrastare la corruzione. A titolo esemplificativo si ricordano la *United Nations Convention against corruption* del 2003, ed alla quale hanno aderito più di settanta Paesi dell'Onu⁶³; la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la corruzione, adottata nel 2003 dall'Unione africana; la Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale, adottata nel 2000⁶⁴.

5. Segue. In particolare la Convenzione di Merida del 2003

La *United Nations Convention Against Corruption* è stata adottata dalle Nazioni Unite nel dicembre del 2003, in occasione della conferenza tenutasi a Merida, in Messico. Gli scopi che gli Stati firmatari intendono raggiungere tramite la stipula sono la tutela della stabilità politica e la sicurezza delle società, dei valori democratici ed etici, della giustizia e dello Stato di diritto, nonché dello sviluppo sostenibile e delle economie

⁶² Al fine di contrastare i rischi di corruzione e collusione, le *Guidelines* fissano delle regole ai fini della scelta dei criteri di selezione dei contraenti. Al punto 5, stabiliscono che qualora vengano utilizzati criteri di aggiudicazioni diversi dal prezzo, è necessario che questi siano puntualmente e dettagliatamente descritti in anticipo. La corretta pubblicità dei criteri di aggiudicazione, difatti, influisce sulla promozione di un mercato concorrenziale, sull'innovazione ed è funzionale al contenimento dei costi. Per una disamina delle *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* cfr. www.oecd.org.

⁶³ La *United Nations Convention against corruption* è stata adottata anche dalla Comunità Europea, con la decisione 2008/801/CE del Consiglio del 25 settembre 2008.

⁶⁴ Cfr. A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. 4, Giuffrè Editore, 2011, 259 e ss.

nazionali. La Convenzione si prefissa altresì di combattere la corruzione e con essa tutte le forme in cui il crimine si manifesta, quali la criminalità organizzata⁶⁵.

Il raggiungimento delle finalità prefissate nella Convenzione abbisogna della regolamentazione di determinate tematiche, considerate a tal uopo fondamentali. Trattasi dell'individuazione delle misure preventive, della tipizzazione penale di specifiche condotte, della cooperazione internazionale, del recupero di beni oggetto di confisca⁶⁶.

Agli artt. 15 e 16 della Convenzione sono rispettivamente disciplinate le condotte corruttive di pubblici ufficiali nazionali e pubblici ufficiali stranieri ovvero di funzionari di organizzazioni internazionali pubbliche. In ossequio a quanto sancito dalla Convenzione di Palermo del 2000, viene ripresa la distinzione tra corruzione attiva e corruzione passiva, intendendosi per corruzione c.d. attiva *"the promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official itself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties"*.

All' art. 18 viene disciplinato il millantato credito, per il quale si intendono sia *"Il fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un' amministrazione o da un' autorità pubblica dello Stato"*

⁶⁵ Cfr. il Preambolo della Convenzione di Merida.

⁶⁶ La Convenzione di Merida si articola in un Preambolo e 71 articoli, a propria volta suddivisi in VIII titoli.

Il titolo I definisce l' oggetto della Convenzione. Il titolo II elenca una serie di obblighi per gli Stati firmatari in tema di prevenzione della corruzione. Il titolo III ha ad oggetto le misure penali di contrasto alla corruzione. Nel titolo IV la Convenzione pone l'accento sull' importanza che la cooperazione internazionale riveste nella lotta contro il crimine. Il titolo V è dedicato alle forme di restituzione di beni e somme ottenuti in maniera illecita. Il titolo VI disciplina l'assistenza tecnica e lo scambio di informazioni. Il titolo VII i meccanismi di applicazione della Convenzione. Il titolo VIII, infine, contiene le disposizioni finali.

Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto i per ogni altra persona", che "Il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte".

A fianco alla penalizzazione del millantato credito, la Convenzione elenca una serie di condotte illegali, quali l'appropriazione indebita od altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale, l'abuso d'ufficio, il riciclaggio dei proventi di condotte criminose, dell'ostacolo al buon funzionamento della giustizia.

Al fine di poter contrarre con le pubbliche amministrazioni degli Stati aderenti è necessario che gli operatori economici possiedano una serie di requisiti richiesti per la partecipazione alle gare, affinché sia scongiurato il pericolo che si versi in una delle condizioni che la Convenzione disciplina come passibili di reato. Le imprese si fanno pertanto carico di nuovi obblighi di gestione, controllo e vigilanza, normalmente spettanti ai pubblici poteri.

Sul piano della prevenzione, all'art. 6 si prescrive che gli Stati Parte assicurino l'esistenza di organi indipendenti deputati a prevenire la corruzione, conformemente ai principi fondamentali, impegnandosi altresì di comunicare al Segretario Generale delle Nazioni Unite il nome e l'indirizzo delle autorità in grado di fornire aiuti adeguati agli altri Stati Parte ai fini della messa a punto e dell'applicazione di misure specifiche di prevenzione della corruzione.

Per ciò che concerne il settore pubblico, la Convenzione fissa i principi di trasparenza ed efficacia quali principi cardine ai fini dell'assunzione di funzionari pubblici, assunzione che deve basarsi su criteri obiettivi di merito, equità, attitudine (art. 7).

Tra i settori in cui la Convenzione interviene per contrastare la corruzione rientra quello dei *Public Procurement*. Gli Stati Parte si impegnano a dar vita a sistemi di stipulazione degli appalti pubblici improntati al rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, concorrenza leale e procedure di aggiudicazione fondate su criteri obiettivi ed efficaci sul piano della prevenzione della corruzione⁶⁷. Viene introdotto l'obbligo di tracciabilità di entrate ed uscite, di previsione di sistemi di norme sulla contabilità, sulla gestione dei rischi, sulla predisposizione di efficaci misure di controllo ed eventuali strumenti sanzionatori nel caso di inosservanza dei requisiti prestabiliti

La *ratio* della normativa risiede nell'esigenza di fornire adeguata tutela non solamente alle parti contraenti, ma anche alle altre imprese concorrenti (che vedono sfumare la possibilità di aggiudicarsi un appalto internazionale), ovvero al mercato internazionale. E difatti lo scopo primario della Convenzione è proprio la salvaguardia del commercio internazionale, che verrebbe irrimediabilmente compromesso dalla presenza di pratiche corruttive e collusive di funzionari pubblici stranieri.

⁶⁷ L'art. 9, co. 2, della Convenzione, prevede:

a) la diffusione pubblica di informazioni concernenti le procedure di stipulazione degli appalti ed i contratti di appalto, compresa ogni informazione sulle gare d'appalto ed ogni informazione pertinente sull'attribuzione degli appalti, concedendo ai potenziali offerenti il tempo necessario per preparare e presentare la loro offerta;

b) la definizione preventiva delle condizioni di partecipazione, compresi i criteri di selezione e di attribuzione e le regole delle gare d'appalto nonché la loro pubblicazione;

c) l'utilizzazione di criteri obiettivi e predeterminati per l'assunzione delle decisioni concernenti la stipulazione di appalti pubblici, al fine di facilitare la successiva verifica della corretta applicazione delle regole o procedure;

d) un sistema di ricorso interno efficace, comprendente un sistema di appello efficace che garantisca l'esercizio dei mezzi di ricorso in caso di inosservanza delle regole o procedure stabilite conformemente al presente paragrafo;

e) se del caso, una serie di misure volte a disciplinare le questioni riguardanti il personale incaricato della stipulazione degli appalti, quali una dichiarazione d'interesse per alcuni appalti pubblici, le procedure per la selezione di detto personale ed i requisiti in materia di formazione.

Nonostante gli indubbi aspetti positivi che derivano dall'adozione delle Convenzioni adottate per contrastare la corruzione, occorre tuttavia accennare anche ai grossi limiti di cui tali strumenti sono affetti.

La Convenzione Ocse, per fare un esempio, possiede un campo di attuazione piuttosto limitato, non essendo applicabile ai contratti conclusi da pubbliche amministrazioni appartenenti ai Paesi in via di sviluppo e difettando altresì di adeguati meccanismi sanzionatori in caso di violazione delle disposizioni in essa contenute. Stando alle stime del *Progress report 2011*, difatti, solamente in un terzo degli Stati aderenti si registrano processi penali pendenti a carico di funzionari stranieri che si siano macchiati di reati di corruzione, segnale questo che lascia emergere dubbi e perplessità circa l'efficacia della portata della convenzione in questione⁶⁸.

Una delle cause potrebbe risiedere nella omessa previsione di un giudice sovranazionale che dirima le controversie e svolga funzione nomofilattica delle disposizioni contenute nella convenzione, in modo tale da poter garantire uniformità di applicazione tra i vari Stati.

In mancanza di un giudice internazionale, difatti, i giudici nazionali si ritrovano a dover svolgere il compito a quest'ultimo spettante, in modo da assicurare il rispetto della normativa internazionale ed evitare probabili conflitti giurisdizionali tra Corti⁶⁹. Il potere giudiziario svolge una funzione fondamentale, di interpretazione ed applicazione della normativa al caso concreto, avendo l'onere di rimanere quanto più possibile fedele alla ratio ed all'intento che il legislatore, nazionale o sovranazionale che sia, intende perseguire. Quando esercitato dal giudice nazionale in sostituzione di un tribunale internazionale, come accade per

⁶⁸ Per un'analisi più approfondita, cfr. il *Progress report 2011. Enforcement of the OECD anti-bribery convention*, su www.transparency.org.

⁶⁹ Sul tema cfr. S. CASSESE, *Quando gli ordinamenti giuridici si scontrano. Dal dialogo alla cooperazione tra le corti*, 2008, in www.irpa.eu

l'applicazione della Convenzione Ocse, si presta a tutelare più efficacemente l'interesse pubblico non solo statale, ma finanche globale⁷⁰.

La predisposizione di rimedi a carattere globale in grado di dar luce ad un processo di uniformazione ed armonizzazione delle diverse branche del diritto che disciplinano i contratti e le relative patologie, potrebbe rivelarsi utile strumento in mano al legislatore internazionale per contrastare il fenomeno della corruzione. A tal uopo si è resa necessaria l'individuazione di elementi comuni ai vari ordinamenti giuridici in grado di conferire una veste globale alla regolazione della materia in esame. Tra questi si annovera il carattere consensuale degli strumenti predisposti sul piano internazionale ed ai quali è conferita efficacia vincolante dalla comune volontà delle parti⁷¹.

I rimedi anticorruzione di carattere globale hanno determinato un'estensione della materia giuridica, causando un ampliamento delle fonti del diritto ed inevitabilmente anche delle fattispecie giuridicamente rilevanti. Circostanza questa che ha permesso la diffusione tra più Stati di principi cardine della disciplina dei contratti, quali la tutela di trasparenza e concorrenza nella fase dell'aggiudicazione.

Le procedure che portano all'aggiudicazione di un contratto rappresentano una delle fasi più delicate ed a rischio di insidie corruttive ed infiltrazioni del crimine organizzato, ragion per cui gli Stati hanno nel tempo predisposto una serie di garanzie di carattere amministrativo procedimentale al fine di scongiurare il verificarsi di suddetti fenomeni.

La stessa Convenzione di Merida del 2003 contiene una serie di regole volte a contrastare la corruzione nell'accezione di pericolo per

⁷⁰ Cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012, 184.

⁷¹ Gli accordi e le convenzioni stipulate nello scenario internazionale, nati dal consenso delle Parti, assumono i connotati di norme efficaci e vincolanti, potenzialmente in grado di uniformare le varie discipline di natura settoriale. In dottrina cfr. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2005.

l'integrità del denaro pubblico, e come tale in grado di influenzare negativamente l'intera economia. A tal uopo la Convenzione promuove il principio di trasparenza, che assurge a potente strumento di garanzia della correttezza delle operazioni, e tramite il quale è possibile monitorare minuziosamente ogni fase in cui si snoda l'attività contrattuale posta in essere da una pubblica amministrazione, che in quanto tale agisce attraverso l'impiego di denaro pubblico⁷².

La portata e l'efficacia dell'applicazione della normativa internazionale anticorruzione sono rafforzate dalla necessità di estendere all'intero settore degli appalti pubblici le regole in materia di trasparenza e controllo dei flussi finanziari propri dell'azione amministrativa, necessità che ha influito sul conferimento alla Convenzione del carattere di flessibilità. Quest'ultima, difatti, lascia che siano i legislatori statali a provvedere alla predisposizione di adeguate normative in materia di trasparenza che siano conformi alle discipline nazionali e sovranazionali non solamente in materia di appalti pubblici, ma anche e soprattutto in materia di regolazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni.

A propria volta il principio di trasparenza assume una connotazione diversa a seconda dello strumento che ne disciplina la tutela. Nelle *Procurement Guidelines* è sinonimo di garanzia della correttezza dei finanziamenti della Banca Mondiale; nel sistema del Gpa è strumento di tutela della concorrenza nel mercato⁷³; nella Convenzione di Merida

⁷² L'impiego di risorse pubbliche per l'aggiudicazione di un contratto fa sorgere il diritto dei cittadini alla verifica della correttezza delle operazioni ed all'efficienza delle stesse, affinché sia perseguito l'interesse pubblico, in modo tale da impedire che ai fini della scelta dei contraenti entrino in giochi interessi privati del tutto avulsi dalla funzione pubblica.

⁷³ La tutela della trasparenza, così come disciplinata nel Gpa, si traduce in pubblicità delle regole sottese alla stipula di un contratto, dei criteri di scelta del contraente e di aggiudicazione dell'appalto, della pubblicità delle fasi in cui esso si snoda. Infine, nella stesura di un' apposita relazione annuale, avente ad oggetto il numero degli appalti conclusi, i costi sostenuti ed il relativo valore, l'oggetto degli stessi ed il relativo

diventa mezzo di controllo della corretta gestione della finanza pubblica, nonché di tutela della prevenzione e della lotta alla corruzione⁷⁴.

La disomogeneità tra *standard* e principi, così come previsti dalle varie discipline che li introducono, determina la creazione di una pluralità di sistemi normativi tra loro profondamente differenti, che difettano di un'adeguata armonizzazione e sono pertanto causa dell'insorgenza di contrasti di regole. Le pubbliche amministrazioni di Paesi che hanno dato applicazione alle disposizioni di due sistemi normativi differenti, quali ad esempio il *Government Procurement Agreement* e le *Procurement Guidelines*, si trovano spesso a far fronte alle problematiche nascenti dalla presenza di precetti differenti e talvolta contrastanti e che influiscono non solo sulla disciplina del procedimento amministrativo, presentando finanche ripercussioni sul contenuto del contratto stesso.

I contrasti tra le varie normative di derivazione internazionale, tuttavia, non sono facilmente sanabili. L'esistenza di una pluralità di sistemi giuridici che dà vita a numerosi e variegati vincoli, che propria volta si traducono in obblighi giuridici per gli Stati, per le pubbliche Amministrazioni e per le imprese stesse, non è accompagnata da forme adeguate di controllo sul piano internazionale. A ciò si affianca l'assenza di organismi sovranazionali che assicurano meccanismi unitari di risoluzione delle controversie ovvero di appianamento dei contrasti normativi, in quanto ciascun accordo si avvale di propri meccanismi di composizione delle controversie⁷⁵.

Stato di provenienza, la natura giuridica delle stazioni appaltanti, da comunicare al *Committee statistics*, così come stabilito all'art. XVI dell'Accordo.

⁷⁴ A differenza degli *standard*, che hanno caratteristiche specifiche a seconda della fonte che li introduce, i principi (di concorrenza, trasparenza, pubblicità, correttezza) possono assumere connotazioni differenti ed avere un grado di applicazione variabile (strettamente correlato agli obiettivi che la disciplina persegue), ma conservano in parte caratteristiche comuni.

⁷⁵ Per un'analisi completa si veda H. CAROLI CASAVOLA, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., p 216 e ss.

Al sistema suesposto consegue da un lato l'internazionalizzazione di principi quali quello di tutela della concorrenza, di trasparenza, di correttezza delle operazioni contrattuali; dall'altro una forte limitazione della sovranità statale, la quale subisce l'ingerenza della normativa internazionale (ed europea) dei contratti, che è rivolta direttamente anche agli operatori economici ed ha natura vincolante anche in caso di conflitto con la normativa interna

Affinché la lotta alla corruzione possa rivelarsi efficace è necessario che si crei un sistema di collaborazione tra i Paesi, al fine di limitare i particolarismi ed ampliare le frontiere per dar vita ad una struttura che sia quanto più unitaria ed unita nel raggiungimento del medesimo obiettivo.

La Convenzione di Merida, allo scopo di rafforzare la cooperazione tra Stati in materia di prevenzione e repressione della criminalità, ha sancito l'obbligo per gli stessi di istituire ovvero rafforzare canali di comunicazione tra le autorità nazionali, le istituzioni ed i servizi competenti in modo tale da consentire uno scambio di informazioni rapido e sicuro sui reati disciplinati dalla Convenzione, inclusi i collegamenti con altre attività criminose (quest'ultima ipotesi si verifica solamente nel caso in cui i Paesi Parte lo ritengano opportuno).

6. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso il tema della criminalità organizzata ha assunto un ruolo primario nello scenario internazionale, a seguito della maturata e diffusa consapevolezza della dannosità sociale che il fenomeno ha cagionato e continua a cagionare.

La mafia agisce all'interno del mercato in qualità di soggetto economico a tutti gli effetti, dando vita ad un vero e proprio mercato parallelo, quello dell'economia criminale, che si affianca e molto spesso si sostituisce alle normali regole di concorrenza del mercato, distorcendole inevitabilmente ed incidendo negativamente sull'economia in termini di costi ed efficienza.

In linea con la politica statunitense che è seguita al *Foreign Corrupt Practices Act*, un *corpus* normativo varato nel 1977 e contenente disposizioni volte a prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo, la lotta alla corruzione è diventato obiettivo primario dell'intero scenario globale. Il merito del FCPA è stato quello di porre l'accento sul forte legame esistente tra le pratiche corruttive e gli effetti devastanti che le stesse producono per le economie di mercato⁷⁶, per gli scambi commerciali globali. Al fine di scongiurarne gli effetti devastanti, i temi di prevenzione e contrasto del crimine (organizzato e non) sono stati inseriti all'interno dei programmi di lavoro di tutte le istituzioni internazionali, come testimonia il copioso numero di trattati e convenzioni stipulati sia a livello mondiale che regionale⁷⁷, tra i quali si inseriscono i programmi di lavoro e le linee-guida di istituzioni quali il Fondo Monetario internazionale e la Banca Mondiale, esaminati al paragrafo precedente.

Il *leit motiv* degli interventi anticorruzione di carattere internazionale è costituito dall'elevamento degli standard di efficienza dell'intero mercato globale. Al fine di raggiungere tale obiettivo si ritiene fondamentale operare sul piano dell'armonizzazione delle discipline nazionali, al fine di innalzare i livelli di tutela e consentire una più efficiente collaborazione tra gli Stati sul piano internazionale.

⁷⁶ Cfr. K.E DAVIS, *Self-Interest and Altruism in the Deterrence of Transnational Bribery*, in *Am. Law Econ. Rev.*, 2/2002, 314 e ss.

⁷⁷ Cfr. B. HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv. Trim. dir. pen.ec.*, 2001.

Le strategie di contrasto alla corruzione ed al crimine organizzato hanno per lo più riguardato il profilo civilistico ed amministrativistico, in quanto maggiormente in grado di incidere significativamente sulle dinamiche delle condotte illecite. In tal senso la Convenzione del Consiglio d'Europa per la definizione di un quadro unitario di misure di diritto civile finalizzate al contrasto degli scambi corruttivi⁷⁸, la Convenzione OCSE del 1997⁷⁹, la *United Nations Convention against Corruption* adottata il 31 ottobre 2003, che prevede tra le varie misure a carattere sanzionatorio l'interdizione a partecipare alle gare di appalto.

Gli Stati, in quanto parti firmatarie di convenzioni internazionali, sono pertanto chiamati a dar vita ad un sistema preventivo e sanzionatorio che sia *efficace, proporzionato e dissuasivo*⁸⁰.

A tal uopo le Nazioni Unite sono intervenute in diverse occasioni attraverso la stipula di numerose convenzioni, tra le quali la Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale, conosciuta anche come *Convenzione di Palermo*, stipulata a Palermo nel dicembre del 2000.

Scopo della Convenzione è la promozione della cooperazione tra Stati al fine di prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace (art. 1). A tal uopo viene coniata una definizione ampia di crimine organizzato, intendendosi con tale espressione *“un gruppo strutturato di tre o più persone, che esiste per un periodo di tempo e che agisce di concerto al fine di commettere uno o più reati*

⁷⁸ Council of Europe Civil Law Convention on Corruption, 1999, in www.conventions.coe.int; sul tema cfr. G. MARRA, *Contrasto e prevenzione della corruzione pubblica transnazionale*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, 2007, p. 130.

⁷⁹ La Convenzione OCSE, del 17 dicembre 1997, sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, è stata firmata a Parigi il 17 dicembre 1997, ed ha sancito la penalizzazione della corruzione di pubblici funzionari stranieri per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale in determinati settori considerati particolarmente a rischio, tra i quali quello dei *public procurement*.

⁸⁰ Cfr. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e subsidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 160 e ss.

gravi stabiliti conformemente alla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale” (art. 2).

Il fulcro della disciplina è contenuto negli artt. 8 e 9 della Convenzione. Nel dettaglio, l’art. 8 introduce il divieto di promettere, offrire o assicurare ad un pubblico ufficiale un vantaggio indebito per sé stesso ovvero per un’altra persona od entità affinché compia o si astenga dal compiere un determinato atto nell’esercizio della propria funzione. È altresì vietato che un pubblico ufficiale solleciti o accetti un vantaggio indebito al fine di compiere o astenersi dal compiere un determinato atto nell’esercizio della sua funzione.

All’art. 9, la Convenzione prescrive che gli Stati Parte adottino misure legislative, amministrative o di altra natura che siano efficaci per la promozione dell’integrità, e che individuino, prevengano e sanzionino adeguatamente la corruzione dei pubblici ufficiali. Gli Stati Parte sono liberi di scegliere quali siano le misure e le azioni più efficaci, tra le quali è ricompresa la facoltà di attribuire ad apposite autorità un grado di indipendenza che sia sufficiente a scoraggiare eventuali influenze illecite circa l’esercizio delle loro azioni.

L’ampio margine discrezionale lasciato ai Paesi membri circa la predisposizione delle misure normative adeguate ha suscitato delle perplessità circa il reale raggiungimento degli obiettivi prefissati. Gli Stati non dotati di una forte coscienza in materia di repressione del crimine organizzato potrebbero adottare politiche di contrasto al fenomeno scarsamente efficaci, trincerandosi dietro lo scudo dei margini discrezionali concessigli dalla Convenzione stessa.

All’art. 31 la Convenzione invita gli Stati a sviluppare sistemi nazionali di promozione politiche e buone prassi in tema di prevenzione del fenomeno del crimine organizzato, lasciando però agli stessi facoltà di scegliere le misure (legislative, amministrative o di altra natura) più

appropriate al fine di restringere lo spettro delle occasioni di infiltrazione di organizzazioni criminali in mercati leciti, quali quello dei *public procurement*⁸¹.

A tal uopo gli Stati Parte si impegnano ad effettuare analisi e valutazioni periodiche circa l'efficacia degli strumenti predisposti e le prassi amministrative diffuse al fine di individuare le vulnerabilità insite negli stessi che facilmente si prestano ad abusi da parte della criminalità organizzata. Qualora lo ritengano necessario, gli Stati cooperano tra loro e con le organizzazioni internazionali e regionali competenti al fine di promuovere misure adeguate alla prevenzione ed al contrasto del crimine organizzato.

⁸¹ Le misure che gli Stati hanno l'onere di adottare hanno ad oggetto:

- il rafforzamento della cooperazione fra gli organi investigativi o i pubblici ministeri ed i competenti enti privati, inclusa l'industria;
- la promozione dello sviluppo dei criteri e dei procedimenti designati per salvaguardare l'integrità del pubblico e dei competenti enti privati, come pure i codici di comportamento per le professioni interessate e in particolare per gli avvocati, i pubblici notai, i consulenti fiscali ed i contabili;
- la prevenzione dell'abuso da parte di gruppi criminali organizzati di gare di appalto pubbliche e la concessione di sovvenzioni e di autorizzazioni da parte di pubbliche autorità per lo svolgimento dell'attività commerciale;
- la prevenzione dell'abuso di persone giuridiche da parte di gruppi criminali organizzati.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA EUROPEA DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLA LUCE DELLE RECENTI DIRETTIVE: STRUMENTI DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

1. Gli appalti pubblici di rilevanza comunitaria

La Comunità Europea è nata per assicurare e garantire una massima apertura dei mercati nazionali, in modo tale da consentire ai cittadini di ciascuno Stato membro che ne abbiano interesse la possibilità di esercitare una qualunque attività economica all'interno di tutto il territorio comunitario⁸².

Siffatta apertura del mercato ha consentito agli operatori economici la facoltà di stipulare appalti con le Pubbliche Amministrazioni di tutti i Paesi membri dell'Unione alle medesime condizioni contrattuali cui sono soggette le imprese concorrenti domestiche, in ossequio ai principi di concorrenza e parità di trattamento.

L'apertura dei mercati nazionali agli operatori economici stranieri, tuttavia, non riguarda in maniera indistinta ogni contratto pubblico, bensì solo quegli appalti che presentino un respiro più ampio e possano pertanto suscitare l'interesse di una più vasta platea di imprese, anche straniere, operanti nel settore⁸³.

⁸² Cfr. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè Editore, Milano 2007, p. 426.

⁸³ Gli importi delle soglie degli appalti cui si applica la disciplina europea sono fissati all'art 4, dir. 2014/24/UE, rispettivamente al valore di:

-5 186 000 EUR per gli appalti pubblici di lavori;

A tal uopo è stata fissata la c.d. soglia comunitaria, ovvero un importo monetario (che varia a seconda del tipo contrattuale di riferimento), superato il quale il contratto assume rilevanza per il diritto europeo ed a questo è pertanto assoggettato⁸⁴. La *ratio* è quella di garantire l'armonizzazione e la tendenziale uniformità della disciplina dei contratti pubblici tra le legislazioni nazionali.

I contratti sotto soglia, aventi rilevanza marginale per le imprese straniere, vengono per contro interamente disciplinati dai legislatori statali⁸⁵.

-134 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III;

-207 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III;

-750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV.

⁸⁴ Le direttive europee individuano criteri specifici per il calcolo del valore dei contratti, che non possono essere debitamente trattanti il questa sede, sui quali si rimanda all'analisi di A. POLICE, *Le limitazioni dell'ambito oggettivo di applicazione fissate in soglie di valore*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005 .

Ci limiteremo pertanto ad enucleare due dei principi fondamentali che emergono dal testo delle direttive in esame, ovvero il divieto di suddivisione artificiosa dei contratti ed il calcolo del valore totale dei contratti in caso di suddivisione in lotti. Il primo principio, di cui all'art. 9 della direttiva 2004/18/CE, ed ora sancito all' art. 5, c. 3, della direttiva 2014/24/UE, mira a scongiurare il tentativo di elusione della disciplina comunitaria attraverso il calcolo separato dei singoli contratti, operato al solo scopo di evitare che il contratto rientri nell'ambito di applicazione della direttiva, e qualora ciò non sia giustificato da ragioni oggettive.

Il secondo (di cui all'art. 46, dir. 2014/24/UE) costituisce una sorta di corsia preferenziale per la piccola impresa, in quanto volto ad incoraggiare la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese tramite la suddivisione dell'appalto in lotti (così come stabilito nella Comunicazione della Commissione europea COM (2008) 394).

⁸⁵ Occorre specificare che le legislazioni nazionali sono informate ai principi europei che regolano la disciplina dei contratti pubblici. Gli Stati pertanto non hanno la possibilità di regolare la materia in maniera del tutto arbitraria, essendo vincolati al

Fondamento giuridico della legislazione europea in materia di appalti pubblici è l'art. 6 del Trattato CEE (ora art. 18 del TfUE), il quale sancisce il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. Il principio di non discriminazione presuppone a propria volta il rispetto di altri obblighi, di altri principi, quali quello di trasparenza nella fase di aggiudicazione del contratto, ed è strettamente connesso al rispetto di alcune libertà economiche fondamentali disciplinate dal Trattato, quali la libera prestazione dei servizi, la libertà di circolazione di merci, il diritto di stabilimento⁸⁶.

Le libertà economiche fondamentali e le regole in materia di concorrenza hanno altresì contribuito a conferire valenza costituzionale al mercato, che, a differenza di quanto accade nel diritto nazionale, assume un peso di rilievo all'interno della costituzione materiale dell'Unione Europea⁸⁷. La realizzazione di un mercato unico dell'UE assurge a strumento primario e fine ultimo al tempo stesso, in quanto rende possibile l'eliminazione delle barriere alla libera circolazione di merci, capitali, persone, consentendo un'effettiva integrazione tra i vari Paesi membri tramite la creazione di regole che siano quanto più possibile uniformi.

Al fine di dar vita ad un processo di armonizzazione delle discipline nazionali in materia di appalti pubblici, improntate su criteri uniformi di aggiudicazione, il Consiglio europeo ha adottato tra il 1971 ed il 1977 tre direttive. In particolare, la direttiva 71/304/CEE aveva ad oggetto il divieto di discriminazione; la direttiva 71/305/CEE conteneva

rispetto di principi e standard fissati dal legislatore europeo, quali la parità di trattamento, la trasparenza, la tutela della concorrenza, la correttezza delle operazioni contrattuali.

⁸⁶ A fianco del divieto di discriminazione, della tutela della trasparenza delle operazioni contrattuali, il Trattato disciplina la parità di trattamento tra gli operatori economici che intendano aggiudicarsi un appalto, il quale deve essere garantito durante tutto il procedimento di aggiudicazione.

⁸⁷ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino, 2012, p. 51.

disposizioni di coordinamento ed armonizzazione delle normative interne concernenti le varie fasi e procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori; la direttiva 77/62/CEE, infine, disciplinava il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

La normativa europea dei contratti di cui alle direttive degli anni Settanta, tuttavia, non si è rivelata in grado di porre le basi per la creazione di un mercato interno dei contratti pubblici aperto alla partecipazione delle imprese europee.

Al fine di sopperire alle falle del sistema, il legislatore europeo ha emanato tra la fine degli anni Ottanta ed i primi anni Novanta una serie di direttive che hanno novellato le precedenti, dirette ad operare una razionalizzazione della materia e dotare i contratti pubblici stipulati all'interno del territorio europeo di un quadro normativo completo ed improntato al principio di concorrenza nella fase di aggiudicazione⁸⁸.

Allo scopo di adeguare la normativa europea con quanto statuito sul piano internazionale nell'ambito del *Government Procurement Agreement*, il Parlamento Europeo ed il Consiglio hanno emanato due direttive, che hanno modificato le direttive degli anni Settanta, la direttiva 97/52/CE e la direttiva 98/4/CE. Successive modifiche, anche se di scarso rilievo, sono state apportate dal Libro Verde su "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: spunti di riflessione per il futuro".

Un ulteriore punto di svolta si è registrato nel 2003, con le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE e 2004/18/CE, disciplinanti rispettivamente gli appalti e le concessioni di lavori, servizi e

⁸⁸ La direttiva 89/440/CEE ha novellato la direttiva 71/305/CEE; la direttiva 88/295/CEE ha apportato delle modifiche alla direttiva 77/62/CEE; le procedure di aggiudicazione nei settori esclusi sono state disciplinate dalla direttiva 90/531/CEE; infine, la direttiva 92/50/CEE è stata adottata ai fini del coordinamento delle procedure di aggiudicazione relative agli appalti pubblici di servizi. A suddette direttive, c.d. sostanziali, se ne aggiunsero altre nel 1993, che ebbero l'effetto di rendere quanto più possibile omogenea la terminologia ed uniforme la disciplina.

forniture nei settori c.d. speciali (gas, energia, trasporti, servizi postali), e gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori c.d. ordinari. Entrambe le direttive hanno riprodotto quasi integralmente i testi delle precedenti, recando modifiche formali ed introducendo nuovi istituti al precipuo scopo di garantire un grado maggiore di tutela della concorrenza delle operazioni contrattuali ed operare altresì un contemperamento con le esigenze ambientali e sociali che sono sovente intaccate dall'esercizio dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione⁸⁹.

Le direttive del 2004 hanno introdotto una nozione di appalto che riassume in un' unica definizione le formulazioni date dalle direttive precedenti⁹⁰. L'art. 1 della dir. 2004/18/CE definisce gli appalti pubblici quali "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi". Gli appalti pubblici hanno sin da sempre subito delle settorializzazioni in relazione all'oggetto della prestazione richiesta dalla stazione appaltante. Sono pertanto stati suddivisi in appalti di lavori, servizi e forniture⁹¹.

La raccolta in unico testo, tuttavia, non ha eliminato *in toto* le profonde difformità esistenti tra le varie discipline che regolano rispettivamente i servizi, i lavori e le forniture, e che continuano a mantenere una propria autonomia. Non di rado emergono inoltre, specie

⁸⁹ Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE hanno introdotto l'utilizzo di mezzi informatici ai fini della pubblicazione di avvisi e capitolati, dell'invio di comunicazioni, della trasmissione dei bandi; nuove modalità di affidamento dei contratti. Hanno altresì previsto una fissazione più rigorosa dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ampliato il contraddittorio durante la verifica della presenza di eventuali offerte anomale

⁹⁰ Cfr. M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *op. cit.*, p. 429.

⁹¹ Nonostante la direttiva 2004/18/CE abbia unificato la materia, in modo tale da estendere la disciplina dei vari tipi contrattuali ai settori esclusi, a causa delle peculiarità che caratterizzano questi ultimi è stata loro dedicata un' apposita direttiva, la 2004/17/CE.

nella normativa interna, tipologie contrattuali che non si prestano a rigide categorizzazioni: è il caso, per fare un esempio, degli appalti di lavori che sovente coincidono con quelli di servizi⁹². Circostanza che ha dato vita ad una serie di controversie dovute alla circostanza per cui l'importo della soglia comunitaria per gli appalti di servizi non coincide con quella prevista per gli appalti di lavori, e che per ragioni espositive non approfondiremo in questa sede.

In relazione all'ambito soggettivo di applicazione, la normativa comunitaria nel corso degli anni ha ampliato il novero dei soggetti aggiudicatori, intendendosi per questi ultimi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico⁹³, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Con riferimento all'individuazione delle controparti, il legislatore europeo si è sin da sempre distinto per la particolare propensione ad ampliare quanto più possibile il novero dei partecipanti, in ossequio alla tutela della concorrenza nel mercato. A tal uopo è considerata controparte affidabile quell'operatore economico, ovvero imprenditore, fornitore e prestatore di servizi (da intendersi quale persona fisica o giuridica) che eserciti un'attività economica organizzata, con o senza fini di lucro, consistente nell'offrire beni o servizi in una specifica fetta di mercato.

Individuate le caratteristiche necessarie ai fini della idoneità di un operatore economico a contrarre con una P.A., occorre soffermare brevemente l'attenzione sulle distinte procedure di scelta del contraente.

⁹² Si pensi, in particolare ai servizi di manutenzione, contenuti nella direttiva servizi, ed altresì ricompresi tra le tipologie di lavori disciplinati dall'apposita direttiva. La l. 109/1994 (ed il relativo regolamento di attuazione, il d.p.r. 554/1999) aveva difatti inserito tra i lavori anche quelli di manutenzione su impianti, e ricompreso tra questi le attività di controllo e manutenzione dell'opera.

⁹³ Per organismo di diritto pubblico, secondo quanto stabilito dall'art. 1 dir. 2004/18/CE, si intende qualsiasi organismo dotato di personalità giuridica, finanziato e/o controllato da enti pubblici ed istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Tale fase del procedimento si connota per la particolare attenzione che le direttive riservano alla tutela dei principi di trasparenza e concorrenza nelle operazioni.

La procedura di individuazione dei contraenti si divide a propria volta in due fasi, quella di ammissione degli offerenti e quella di valutazione delle offerte. La prima fase concerne la valutazione delle caratteristiche soggettive degli operatori economici, attraverso le cd. procedure di gara. La seconda invece ha ad oggetto la valutazione delle offerte presentate, che avviene tramite i criteri di aggiudicazione (così come ridefiniti dalle direttive 2014/23/ UE e 2014/24/UE).

Le procedure di gara disciplinate dalle direttive europee sono tre:

- la *procedura aperta*, che prevede la presentazione delle offerte, a seguito della pubblicazione del bando di gara, da parte di qualunque impresa ne abbia interesse (art. 27, dir. 2014/24/UE);

- la *procedura ristretta*, alla quale partecipano solamente gli operatori economici che abbiano ricevuto apposito invito da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (art. 28);

- la *procedura competitiva con negoziazione*, nella quale le stazioni appaltanti consultano gli operatori dalle stesse previamente scelti e successivamente negoziano con uno o più di essi (che ritengono a ciò idonei) le condizioni dell'appalto (art. 29);

- il *dialogo competitivo*, che prevede la richiesta di partecipazione da parte delle imprese a seguito di pubblicazione di un bando, alla quale segue un dialogo tra le imprese selezionate e la stazione appaltante finalizzato all'individuazione ed alla definizione dei mezzi più idonei per la realizzazione dell'appalto (art. 30).

2. I soggetti aggiudicatori: l'organismo di diritto pubblico

Affinché un appalto possa definirsi pubblico occorre che una delle parti sia necessariamente un pubblica amministrazione. Tuttavia una nozione europea di pubblica amministrazione, che abbia carattere unitario, non è ad oggi esistente⁹⁴.

Il diritto europeo non limita però l'applicazione delle norme ad evidenza pubblica ai soggetti pubblici, bensì estende il novero dei soggetti tenuti ad applicare le regole dettate in materia di appalti pubblici anche a soggetti privati che svolgono pubbliche funzioni mediante l'utilizzo di fondi pubblici⁹⁵.

A tal uopo è stata coniata la nozione di "organismo di diritto pubblico", introdotta per la prima volta dalla direttiva 89/440/CEE⁹⁶, al fine di estendere l'ambito soggettivo della disciplina degli appalti pubblici. La nozione di organismo di diritto pubblico, difatti, amplia il ventaglio di amministrazioni aggiudicatrici, sino a farvi ricomprendere enti privati che operino per tutelare un pubblico interesse.

Il legislatore europeo ha racchiuso nella categoria di amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico⁹⁷.

In particolare, per organismi di diritto pubblico, stando al disposto di cui all'art. 2, co. 1, *punto 4* della direttiva 2014/24/UE, si intendono «*gli organismi che*»

⁹⁴ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, p. 183 e ss.

⁹⁵ Cfr. E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, n.1/1999, p.71 e ss.

⁹⁶ Cfr. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 16 e ss.

⁹⁷ V. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizio pubblico appalti*, 2006, p. 27 e ss.

a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

b) sono dotati di personalità giuridica;

c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico».

La categoria dell' organismo di diritto pubblico è il frutto di un' accurata ed intensa attività giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che in più pronunce ha sostenuto la necessità dell' adozione di una nozione di pubblica amministrazione in senso funzionale⁹⁸, in risposta alle acclamate esigenze di promozione della tutela della concorrenza e della trasparenza delle operazioni⁹⁹.

Uno dei punti cardine della nozione "funzionale" di organismo di diritto pubblico è l'irrilevanza della natura giuridica dello stesso¹⁰⁰. La natura pubblica di un ente, difatti, non è condizione sufficiente affinché un

⁹⁸ Cfr. Corte di Giustizia CE, 16 ottobre 2003, causa C-283/00, sent. *Commissione c. Regno di Spagna*.

⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes*. In tale occasione la Corte si è pronunciata nel senso di ridurre e limitare il più possibile le eccezioni al principio di libera circolazione dei servizi, al fine di garantire il rispetto del principio dell' efficacia diretta delle direttive. A tal uopo muove verso una interpretazione in senso sostanziale della nozione di Stato, focalizzando l'attenzione sulla dipendenza sostanziale di un' amministrazione ai pubblici poteri; inoltre propone una concezione funzionale di amministrazione aggiudicatrice, slegata dall'aspetto formale di qualificazione normativa, ed intimamente connessa con gli obiettivi e gli scopi perseguiti in relazione alla disciplina contenuta nelle direttive appalti.

Per una disamina dell'argomento, cfr. E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, p. 136 e ss.

¹⁰⁰ C. IAIONE, *L' ambito oggettivo e soggettivo*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, p. 244.

organismo possa rientrare nella categoria di soggetti aggiudicatori, e la natura privata non costituisce a priori *causa excludendi*¹⁰¹.

La nozione di organismo di diritto pubblico si fonda su tre differenti elementi: la personalità giuridica, la stretta dipendenza dai poteri pubblici, il fine di interesse generale non industriale né commerciale. La compresenza di tutti e tre questi requisiti serve a scongiurare il pericolo che l' amministrazione aggiudicatrice operi secondo logiche private, lontane dalla tutela dell'interesse pubblico.

Il requisito della *personalità giuridica* non ha sollevato particolari questioni, in quanto l'individuazione di tale nozione si risolverebbe, in sintesi, in ogni forma di soggettività giuridica riconosciuta negli ordinamenti europei, in ossequio al principio di non discriminazione¹⁰².

La *dipendenza dai poteri pubblici*, e dunque l'esistenza di un controllo di natura pubblicistica si ricava da una serie di indici, quali il finanziamento pubblico maggioritario, il controllo pubblico sulla gestione, la nomina degli organi sociali da parte dei poteri pubblici

Il finanziamento pubblico maggioritario in realtà non è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza effettiva di una stretta dipendenza tra un organismo ed un'amministrazione aggiudicatrice¹⁰³.

Il controllo pubblico sulla gestione presuppone l'esistenza di un'ingerenza da parte dei pubblici poteri nella politica di gestione della

¹⁰¹ La nozione di amministrazione aggiudicatrice si spoglia di una connotazione di carattere definitorio, e viene individuata caso per caso tramite un'analisi teleologica e funzionale. Così la Corte di Giustizia, 17dicembre 1998, causa C-306/97, *Connemara Machine Turf Co. Ltd c. Coillte Teoranta*.

¹⁰² Cfr. D. CASALINI, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰³ Nella causa C-380/98, la Corte di Giustizia ha affermato che non tutti i finanziamenti erogati da un' amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza, distinguendo tra gli aiuti finanziari diretti a finanziare *sine titulo* l'attività dell'organismo e quelli che invece vengono erogati con specifico titolo giuridico.

società interessata, imprimendo ed imponendo alla stessa un determinato profilo gestionale¹⁰⁴.

La nomina degli organi amministrativi dell'organismo, infine, rileva nella misura in cui la pubblica autorità riesca ad ingerirsi nella gestione dello stesso.

Il terzo ed ultimo requisito che connota un organismo di diritto pubblico, il perseguimento di un *fine generale non industriale né commerciale*, ha suscitato delle perplessità dovute alla formulazione ambigua di alcune versioni linguistiche, miranti ad eludere la disciplina pubblicistica dell'evidenza pubblica e della tutela della concorrenza degli appalti pubblici tramite il conferimento di una veste privatistica meramente formale¹⁰⁵.

Alla lettera a) il legislatore europeo fa uso dell'avverbio "specificatamente". La questione interpretativa circa il significato da attribuire al termine è stata risolta con la sentenza C-44/96, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che la circostanza che un organismo di diritto pubblico debba essere istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che lo stesso non possa svolgere ulteriori attività aventi ad oggetto il soddisfacimento di altri interessi.

Il vero nodo problematico, tuttavia, è rappresentato dalla mancanza di una definizione sul piano europeo del bisogno di interesse generale. Tale lacuna normativa è stata colmata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in più pronunce ha statuito che, relativamente al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici,

¹⁰⁴ Affinché possa affermarsi l'esistenza di un controllo di gestione il semplice controllo di regolarità della gestione si rivela insufficiente, essendo necessario un controllo da parte dei pubblici poteri che consenta loro di influenzare la politica di gestione dell'organismo. Cfr. Corte di Giustizia, causa C- 237/99, *Commissione c. Repubblica francese*.

¹⁰⁵ Cfr. J.M. GIMENO FELIU, *Ambito d'applicazione e procedura di contrattazione in Spagna: la influenza del diritto comunitario*, in *Riv it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 793 e ss.

per bisogni di interesse generale debbano intendersi «quei bisogni che, da un lato sono soddisfatti in modo diverso dall’offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d’altro lato, per motivi connessi all’interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un’influenza determinante»¹⁰⁶.

A tal uopo si rende necessaria un’ interpretazione unitaria a livello europeo, al fine non solamente di garantire l’autonomia del diritto europeo, ma anche e soprattutto per assicurarne e tutelarne l’ uniforme applicazione. La circostanza che un ente sia considerato amministrazione aggiudicatrice in uno Stato membro ed ente privato in un altro, determinerebbe l’insorgere di inevitabili meccanismi distorsivi della concorrenza.

La pluralità di nozioni di interesse generale all’interno dei vari Stati membri determina il proliferare di amministrazioni aggiudicatrici aventi caratteristiche e finalità peculiari rispetto all’ordinamento giuridico di appartenenza. Circostanza questa che ha come immediata conseguenza una diversa delimitazione del concetto di amministrazione pubblica e con essa una differenziazione dei settori e degli ambiti all’interno degli appalti pubblici in cui è necessario garantire il principio di concorrenza¹⁰⁷.

Tuttavia, nella sentenza *Truley*, la Corte ha ribadito come per interesse generale si intenda l’interesse considerato tale da ciascun ordinamento giuridico, e che pertanto la nozione abbia natura variabile. Al fine di tutelare i principi di trasparenza e concorrenza delle operazioni contrattuali, per evitare meccanismi distorsivi è pertanto necessario che alla nozione di organismo di diritto pubblico venga data un’ applicazione estensiva.

¹⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*; Id. 22 maggio 2003, causa C- 18/01, *Korhonen*; Id. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*.

¹⁰⁷ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, p. 267 e ss.

In questa prospettiva la riflessione si sposta sulla corretta accezione da attribuire al requisito del “carattere non industriale o commerciale”. La sussistenza di tale requisito dipende da un insieme di elementi sia giuridici che fattuali, tra i quali l’assenza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento dello scopo di lucro quale obiettivo primario, l’assenza del rischio economico, il finanziamento pubblico¹⁰⁸.

Per quanto concerne l’ elemento della concorrenza, la Corte ha ribadito che la circostanza che l’organismo agisca in condizioni concorrenziali non è di per sé sufficiente ad escludere che l’ente si lasci guidare da considerazioni non economiche¹⁰⁹.

Il vero elemento che fungerebbe da fattore scriminante ai fini della qualificazione di un ente quale amministrazione aggiudicatrice sarebbe pertanto l’assunzione del rischio economico legato all’attività svolta. Qualora un ente operi in un mercato concorrenziale e sopporti su di sé il rischio economico, rispondendo con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte e delle eventuali perdite, si esclude che lo stesso sia sottoposto alle direttive europee in materia di appalti pubblici.

In questa prospettiva l’ organismo di diritto pubblico si distingue dall’ impresa pubblica. L’elemento che individua l’organismo di diritto pubblico e consente di distinguerlo anche da una impresa pubblica è individuabile nei fini dell’ attività svolta che è funzionale alla soddisfazione di interessi generali non aventi carattere individuale o commerciale. Laddove l’impresa pubblica persegue fini di lucro ed assume il rischio della gestione.

¹⁰⁸ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-283/00, *Commissione c. Regno di Spagna*.

¹⁰⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 10 novembre 1988, causa C-360/96. La Corte ammette che l’esistenza di una concorrenza non è del tutto irrilevante al fine di stabilire se un bisogno di interesse generale abbia carattere non industriale o commerciale. Tuttavia la circostanza che un ente operi anche sul mercato non determina l’automatica esclusione dalla qualifica di organismo di diritto pubblico qualora lo stesso eserciti una parte della sua attività nel perseguimento di un interesse pubblico.

3. Segue. Le controparti delle amministrazioni aggiudicatrici: gli operatori economici. Profili di criticità

Ulteriori profili di criticità si riscontrano per le amministrazioni aggiudicatrici in relazione alla scelta della controparte. La principale preoccupazione del legislatore, sia europeo che nazionale, è quella di individuare parti contraenti affidabili e qualificate, affinché il contratto sia eseguito regolarmente ed entro i termini prestabiliti.

La direttiva 2014/24/UE fornisce all' art. 2, paragrafo 1, punto 10 una definizione di operatore economico quale «persona fisica o giuridica o ente pubblico o raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa, qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

Al fine di individuare una nozione di operatore economico che sia quanto più ampia possibile, l' art. 19 (ex art 4 dir. 2004/18/CE) specifica l' irrilevanza del possesso di personalità giuridica da parte dell' impresa offerente. In particolare il paragrafo 1 così recita: « Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche».

In più pronunce la Corte di Giustizia dell' UE ha statuito che la specificazione di criteri tecnici e qualitativi sono volti a tracciare dei confini di affidabilità entro i quali le imprese concorrenti devono rientrare ai fini dell'ammissione alle gare d'appalto¹¹⁰, e che una volta delimitati gli

¹¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV v. State of the Netherlands* (c.d. *Beentjes*); sent. 24 gennaio 2008, C-532/06, *Lianakis*.

stessi il contratto vada aggiudicato all' impresa, persona fisica o giuridica, che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

In risposta ad istanze di affidabilità dei contraenti, per fare un esempio, in alcuni Paesi membri, tra i quali il nostro, sono state predisposte ulteriori e particolari normative al fine di scongiurare il pericolo che le amministrazioni aggiudicatrici concludano contratti con imprese legate al malaffare¹¹¹.

Alle pretese di affidabilità si accompagna l'esigenza di consentire ed incentivare l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici del maggior numero di operatori economici. A tal uopo il legislatore europeo estende la possibilità di partecipazione alle gare d'appalto anche alle imprese che non perseguono fini di lucro, purché siano qualificabili come imprenditori secondo le normali regole di concorrenza¹¹².

La principale preoccupazione dei legislatori nazionali, in merito, è che la partecipazione alle gare di soggetti che non perseguono scopi di lucro possa in qualche modo falsare le normali regole di concorrenza. Tali soggetti, difatti, godono di regimi fiscali di favore, circostanza che consente loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori rispetto alle altre imprese concorrenti, tali da svantaggiarle. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è tuttavia costante nell'affermare il pieno diritto di associazioni *no-profit* e fondazioni di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Partecipazione che piuttosto che

¹¹¹ La normativa antimafia e le apposite tecniche normative volte a contrastare il crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici sono trattate nel capitolo III della presente trattazione.

¹¹² Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE la mancanza di scopo di lucro non è condizione di per sé sufficiente ad escludere a priori che i soggetti *no-profit*, quali le associazioni che offrono servizi di trasporto d'urgenza, esercitino un'attività economica che risponda ai canoni di imprenditore secondo il diritto dei Trattati dell'Unione Europea. Cfr. Corte di Giustizia, sent. 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione c. Italia*.

falsare i meccanismi concorrenziali consente un incremento dei livelli di concorrenzialità del mercato.

Lo *status* giuridico e la mancanza di scopo di lucro inoltre non determinano, secondo la Corte, la perdita automatica del carattere commerciale dell'attività svolta, e pertanto tali soggetti sono da considerarsi operatori economici a tutti gli effetti. Tale interpretazione è perfettamente in linea con gli scopi del legislatore comunitario, il quale mira a garantire la massima apertura del mercato dei contratti pubblici al maggior numero di imprese, affinché le amministrazioni aggiudicatrici possano scegliere tra una platea più ampia di operatori economici, in modo tale da soddisfare l'interesse generale della collettività¹¹³.

All'interno di vari Stati membri, tra i quali l'Italia, tuttavia, sono state registrate forti preoccupazioni in merito alla possibilità di partecipazione ai pubblici incanti di soggetti che non perseguono scopi di lucro, tra i quali si annoverano le fondazioni, le università e gli istituti di ricerca. Emblematico nel nostro ordinamento è il caso *CoNISMa*, concernente la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per l'affidamento di servizi di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato si rivolgeva alla Corte di Giustizia tramite rinvio pregiudiziale al fine di stabilire se il Consorzio

¹¹³ Nella sent. *CoNISMa*, al punto n. 37 la Corte «ha dichiarato che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v. in particolare, in tal senso, sentenza *Bayerischer Rundfunk* e a., cit., punto 39) e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto (sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, *Assitur*, Racc. pag. I-4219, punto 26). Occorre aggiungere, in proposito, che siffatta apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (v., in tal senso, in tema di offerte anormalmente basse, sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP e Santorso*, Racc. pag. I-3565, punto 29)».

interuniversitario godesse della qualifica di operatore economico, e potesse pertanto partecipare alla gara indetta dalla Regione Marche.

Le censure del Consiglio di Stato avevano ad oggetto l'indebito vantaggio di cui gode un ente pubblico, quale un consorzio universitario, che vanta una maggiore solidità economica in quanto finanziato con fondi pubblici che gli consentono una solvibilità costante e certa. Ciò a discapito degli altri operatori economici che, disponendo di risorse finanziarie proprie, e per ciò stesso notevolmente inferiori, si vedono "costretti" a presentare offerte meno vantaggiose.

Le argomentazioni della Corte sono state chiare e decise: «il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficino di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati e, dall'altro, che, se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato»¹¹⁴. Occorre pertanto che le amministrazioni aggiudicatrici si limitino a verificare che l'offerta non sia anormalmente bassa a causa di un eventuale aiuto di natura pubblica, illegittimamente concesso¹¹⁵.

Ulteriori deroghe ai principi di concorrenza e di *par condicio* tra le imprese concorrenti sono previste all'art. 20, che disciplina i c.d. appalti riservati, statuendo che «gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti

¹¹⁴ Cfr. punto 40 della sentenza.

¹¹⁵ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, p. 307.

quando almeno il 30 % dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati».

Lo scopo della previsione è quello di valorizzare ed incentivare le istanze sociali di partecipazione ed integrazione di persone affette da disabilità nel mercato del lavoro. L'offerta di impiego persone disabili non falserebbe, a detta di dottrina e giurisprudenza europea, il gioco della concorrenza, in quanto la presenza di una percentuale di lavoratori disabili non costituisce un valore aggiunto in termini economici per l'azienda, quanto piuttosto una perdita.

Il valore aggiunto si registra invece in termini di perseguimento di scopi di natura sociale. Le agevolazioni in tema di partecipazione alle gare costituiscono difatti un mero strumento di "pareggio" di costi per l'impresa, ed un guadagno apprezzabile e pregevole per il sociale.

Il diritto europeo incentiva altresì la partecipazione di piccole e medie imprese attraverso raggruppamenti temporanei¹¹⁶. I raggruppamenti oltre a favorire l'ingresso nel mercato di imprese di piccole e medie dimensioni (che singolarmente considerate non avrebbero la capacità economico-finanziaria di sostenere i costi di esecuzione), accrescendone la competitività e così incrementando i livelli di concorrenzialità, fungono da argine alla creazione ovvero al consolidamento di situazioni di monopolio.

Il raggruppamento temporaneo consente una sommatoria dei requisiti tecnici e qualitativi di ogni singola impresa, purché ciascuna sia in possesso di una soglia minima quantitativa richiesta per l'esecuzione della relativa parte dell'opera o del servizio. I requisiti di affidabilità ed il possesso di qualità di tipo morale invece, al fine di scongiurare eventuali elusioni delle normative antimafia, quali quella predisposta all'interno del

¹¹⁶ Art. 19, paragrafi 2 e 3, direttiva 2014/24/UE.

nostro ordinamento, devono invece riferirsi improrogabilmente ad ogni impresa.

La *ratio* della normativa è quella di scongiurare il pericolo che più imprese si avvalgano dell'istituto del raggruppamento temporaneo per aggirare la normativa predisposta per l'ammissione degli operatori economici alle gare, in modo tale da consentire l'ingresso ad imprese non qualificate, corrotte o colluse con il crimine organizzato.

4. I criteri di aggiudicazione dei *public procurement*

La determinazione dei criteri di aggiudicazione costituisce un aspetto molto delicato all'interno delle procedure di scelta del contraente, in quanto diretta espressione del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici. Sono queste ultime, difatti, a fissare i parametri per la verifica della capacità economica e finanziaria degli operatori economici concorrenti, sempre nel rispetto dei limiti fissati dal legislatore europeo.

Le direttive europee del 2004 disciplinavano due criteri di aggiudicazione, *l'offerta economicamente più vantaggiosa* ed *il prezzo più basso*, fissati nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, in modo tale da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Entrambi risultato della ponderazione tra qualità e prezzo.

L'originaria disciplina considerava equivalenti i due criteri, sicché le stazioni appaltanti erano libere di decidere, in relazione alla natura dell'appalto, quale dei due adottare al fine di meglio garantire la qualità delle prestazioni.

Il criterio del prezzo più basso si risolve nell'applicazione di regole matematiche che attengono al mero aspetto economico dell'offerta.

Nell'applicazione del suddetto criterio, difatti, non si tengono in conto i profili qualitativi dell'offerta ovvero i tempi di esecuzione dei lavori.

Poiché la normativa prevede che le stazioni appaltanti individuino i prodotti ed i materiali da utilizzare, senza limitazioni a specifici marchi, sarà considerato aggiudicatario quell'operatore economico che, rispettando i termini e le condizioni apposte per l'utilizzo di specifici materiali, abbia presentato l'offerta indicando l'importo più basso per la realizzazione dell'appalto.

Sebbene il criterio del prezzo più basso sia stato in passato individuato dal legislatore europeo quale il più idoneo tra i due a garantire una perfetta concorrenzialità nel mercato, tuttavia è quello che maggiormente si presta ad eventuali distorsioni della concorrenza dovute alla presentazione di offerte anormalmente basse, nonché a pratiche corruttive qualora gli operatori economici utilizzassero, per fare un esempio, materiali di qualità scadente. A tal fine la scelta del suddetto criterio da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici è considerata legittima solamente nella misura in cui non si generino dubbi circa le caratteristiche qualitative del bene.

Accanto al criterio del prezzo più basso, la direttiva 2004/18/CEE ha disciplinato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, caratterizzato dalla scomposizione dell'offerta in una pluralità di elementi, ad ognuno dei quali viene assegnato un determinato punteggio.

Non sempre, difatti, il criterio del prezzo più basso si è rivelato, e si rivela tuttora, adeguato, specie qualora ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto rilevino ulteriori profili quali i tempi di consegna, le qualità tecniche, le garanzie offerte, di cui all'art. 53¹¹⁷.

¹¹⁷ L'art. 53 della direttiva 2004/18/CEE stabilisce che l'offerta economicamente più vantaggiosa comporta l'applicazione di "diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzazione e di manutenzione, le caratteristiche ambientali, la redditività, il servizio

La disposizione *de qua* contiene un' elencazione dei profili qualitativi e dei criteri di valutazione diversi dal prezzo. Tuttavia la qualificazione della natura di tale elencazione, quale meramente esemplificativa ovvero tassativa, non è stata sempre agevole. La stessa è stata oggetto di accesi dibattiti giurisprudenziali, sorti a seguito di una pronuncia limitativa della Corte di Giustizia dell' UE, che ne sanciva il carattere tassativo¹¹⁸.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presupponendo un livello di complessità maggiore, lascia un più ampio margine discrezionale all' amministrazione aggiudicatrice circa la valutazione dei parametri in gioco e della loro incidenza sulla valutazione complessiva¹¹⁹.

La discrezionalità di cui godono le Pubbliche Amministrazioni nella scelta dei criteri applicabili per la selezione dei contraenti ha però generato un sistema che si è troppo spesso prestato a generare fenomeni corruttivi. Fenomeni che incidono negativamente nell'economia dell'Unione: la

successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento".

¹¹⁸ Nella sentenza *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-360/89, la Corte di Giustizia ha affermato che le Pubbliche Amministrazioni nella scelta del miglior offerente devono limitarsi ad usufruire dei criteri fissati dalla direttiva, essendo alle stesse preclusa la possibilità di introdurre di ulteriori.

L'annosa questione è stata risolta dalla Corte di Giustizia in senso favorevole alla qualificazione meramente esemplificativa dell'elenco dei criteri ex art. 53, con la sentenza *Beentjes*. Nella medesima pronuncia la Corte ha statuito che gli unici parametri rilevanti ai fini della scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono quelli di natura oggettiva. Questi ultimi, in quanto strettamente legati all'oggetto dell'appalto, possono essere applicati a tutte le offerte indistintamente; resterebbero quindi escluse le valutazioni attinenti a parametri e qualità soggettive dell'impresa offerente quando siano da considerarsi completamente avulse dalla qualità dell'offerta. La disciplina degli appalti di servizi, per contro, prevede come necessaria la valutazione dei *curricula* delle imprese che intendano aggiudicarsi l'affidamento della gestione di un servizio.

¹¹⁹ Il *considerando* n. 46 della direttiva esorta gli Stati membri a predisporre adeguate misure in tema di trasparenza affinché le imprese concorrenti siano messe in grado di conoscere i criteri e le modalità di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Affinché ciò sia possibile è necessario che le stazioni appaltanti rendano noti gli elementi di valutazione ed i rispettivi pesi ponderali a ciascuno attribuiti.

corruzione costa sia in termini di (im)produttività della spesa pubblica, sia in termini dell'aumento del senso generale di sfiducia nei confronti e delle regole del mercato e delle istituzioni.

L'esigenza di contrastare la corruzione si fa sempre più forte anche a seguito dello scoppiare della profonda crisi economica che ha investito l'intero scenario globale, che ha posto ulteriormente l'accento sui *deficit* di cui il mercato globale è affetto in tema di finanza pubblica, in termini di competitività dei sistemi economici ed infine di legittimazione al potere delle classi politiche¹²⁰.

L'incremento dell'insidia del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni della criminalità organizzata all'interno delle procedure di affidamento hanno spinto il legislatore comunitario ad adottare nuove misure volte alla promozione di meccanismi concorrenziali e finalizzate alla crescita di un mercato unico che sia quanto più possibile lontano dalle logiche corruttive.

In linea con la nuova tendenza riformatrice, la Commissione Europea ha svolto un ruolo importante dando impulso ad una serie di interventi volti a modificare la disciplina degli appalti, in un'ottica di semplificazione e trasparenza delle procedure, di agevolazione dell'accesso nel mercato di imprese di piccole e medie dimensioni, ed infine di potenziamento dei meccanismi di controllo volti a prevenire e reprimere la corruzione.

Tra i più recenti interventi promossi dall'Istituzione si annovera l'iniziativa legislativa concernente il cd. pacchetto direttive appalti pubblici del dicembre 2011, contenente una proposta di direttiva sugli appalti nel settore ordinario, una sugli appalti nei settori speciali ed infine una proposta di direttiva in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione.

¹²⁰ Cfr. F. DI MASCIÒ, *Una relazione della Commissione Europea sulle politiche anti-corruzione*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, n. 2, 2014, p. 549.

Alle proposte della Commissione è seguita la pubblicazione delle direttive europee nella Gazzetta ufficiale dell'Unione, in data 28 marzo 2014. In particolare la direttiva 2014/23/UE ha ad oggetto l'aggiudicazione dei contratti di concessione, la 2014/24/UE gli appalti pubblici "nei settori ordinari" ed infine la 2014/24/UE disciplina le procedure di appalto nei "settori speciali" di acqua, energia, trasporti e servizi postali.

5. Segue. I criteri di aggiudicazione alla luce delle direttive europee del 2014

Le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, abrogano rispettivamente le direttive sugli appalti 2004/18/CE e 2004/17/CE. Le stesse sono entrate in vigore il 18 aprile del 2014, ed insieme alla direttiva 2014/23/UE dovranno essere recepite dagli Stati membri entro il 18 aprile del 2016.

Da una lettura generale delle disposizioni delle direttive europee sugli appalti pubblici, emerge con sufficiente chiarezza l'intento del legislatore comunitario di attribuire maggiore potere discrezionale alle amministrazioni aggiudicatrici, sottoponendole però a regimi di responsabilità più stringenti

La *ratio* dell'intervento in materia risiede nella rinnovata consapevolezza del legislatore europeo circa il ruolo trasversale e cruciale rivestito dai *Public Procurement* nel raggiungimento degli obiettivi strategici fissati nella strategia *Europa 2020*, tra i quali si inseriscono investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici (questi ultimi da effettuarsi in condizioni più efficienti di spesa derivante dalla domanda di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture a fronte di una riduzione delle risorse), sensibilizzazione ed impulso alla predisposizione

di normative più efficienti in tema di tutela dell'ambiente, promozione dell'innovazione ed accesso al mercato delle piccole e medie imprese.

La finalità ultima della strategia Europa 2020 è la crescita sostenibile, intelligente ed inclusiva, attraverso la promozione di un'economia che sia attenta alle esigenze ambientali e concorrenziali e basata su un più efficiente utilizzo di risorse ed un più elevato tasso di occupazione, nonché improntata alle logiche di una coesione sociale e territoriale più stringente, secondo i paradigmi dell'innovazione e della diffusione della conoscenza.

Affinché gli obiettivi appena delineati possano essere portati a compimento, il legislatore europeo ha investito sull'innovazione del settore dei contratti pubblici. Le direttive del 2014, in particolare, nell'ambito di riforma del settore hanno recepito il portato di alcune pronunce della Corte di Giustizia, nella parte in cui la stessa esortava le Istituzioni dell'Unione ad emanare atti che contenessero definizioni giuridiche più dettagliate, in ossequio al rispetto del principio di certezza del diritto.

Le direttive puntano alla semplificazione, flessibilità e correttezza delle procedure. Il raggiungimento di tale scopo può concretizzarsi, a parere del legislatore europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, solo nella misura in cui venga predisposta a livello europeo una regolamentazione ispirata ai principi di certezza, concorrenza, trasparenza e parità di trattamento degli operatori economici nella fase di aggiudicazione di un contratto¹²¹.

Ai fini del presente lavoro preme concentrare l'attenzione sull'evoluzione della disciplina in tema di criteri di aggiudicazione. Le

¹²¹ In particolare, vengono apportate alcune modifiche alle procedure di individuazione del contraente. La procedura negoziata previa pubblicazione del bando, nello specifico, viene rivisitata e ribattezzata come "procedura competitiva con negoziato con pubblicazione". Altre novità concernono le forme di partenariato pubblico-privato per gli appalti innovativi, l'incentivo all'utilizzo di strumenti elettronici, per i quali si rimanda al testo della direttiva.

direttive del 2014 superano il principio di equivalenza tra i due criteri di aggiudicazione, per prediligere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il criterio del prezzo più basso assume pertanto un peso residuale, essendo subordinato ad una valutazione che abbracci l'intero ciclo della vita del bene, i lavori di manutenzione ed infine lo smaltimento¹²².

La *ratio* dell'intervento risiede nella volontà del legislatore comunitario di evitare di far ricadere sulla collettività i costi derivanti dalle esternalità negative, tra cui rientrano i costi ambientali. Questi ultimi, difatti, dovranno essere ricompresi nell'offerta e fungere pertanto da incentivo alle imprese a ricercare soluzioni innovative in grado di ridurre i costi ed apportare miglioramenti alla spesa pubblica in termini di efficienza e produttività.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come disciplinato dalle direttive del 2004, viene modificato e rinominato al fine di scongiurare eventuali ipotesi di confusione tra la nuova e la vecchia disciplina. La terminologia coniata dal legislatore è quella di "miglior rapporto qualità/prezzo" ¹²³.

Corollario della nuova disciplina in tema di aggiudicazione è l'utilizzo di criteri che siano obiettivi e "garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento affinché sia possibile operare una comparazione oggettiva tra le offerte presentate e così selezionare, in condizioni di concorrenza effettiva, l'offerta economicamente più vantaggiosa"¹²⁴

¹²² In particolare, l'art. 67, co. 1, della direttiva 2014/24/UE, prevede che:

«Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

¹²³ Così come previsto al *considerando* n. 89 della direttiva 2014/24/UE.

¹²⁴ Secondo quanto stabilito nel *considerando* n. 90, dir. 2014/24/UE.

Nonostante il legislatore europeo abbia ufficialmente eliminato il criterio del prezzo più basso, lo ha però inserito tra i parametri da valutare in sede di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il vantaggio, difatti, non solo è da valutarsi tenendo conto del prezzo o del costo, essendo financo concesso alle stazioni appaltanti di selezionare l'offerta ritenuta economicamente più vantaggiosa sulla base di una valutazione relativa al rapporto costo/efficacia ovvero esclusivamente al prezzo.

Al *considerando* n. 92 è previsto che al fine di determinare correttamente il miglior rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti dovrebbero individuare preventivamente i parametri, sia qualitativi che economici, connessi all'oggetto dell'appalto. La direttiva a tal uopo contiene, all'art. 67, un' elencazione non esaustiva dei criteri di aggiudicazione, all'interno della quale sono ricompresi quelli concernenti la tutela ambientale e gli aspetti di natura sociale.

Le amministrazioni aggiudicatrici, però, non hanno una libertà di scelta illimitata nella selezione dei criteri di aggiudicazione, in quanto agli stessi si affiancano una serie di prescrizioni volte a facilitare le stazioni appaltanti nel compito di verifica delle informazioni fornite dalle imprese offerenti allo scopo di consentire una valutazione più precisa circa il soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione.

L'art 67, par. 4, ad esempio, attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui sorgano dubbi sul rispetto dei criteri anzidetti, la facoltà di effettuare ulteriori, accurate verifiche sulla correttezza e veridicità delle informazioni e relative prove fornite dalle imprese offerenti.

In una con tale facoltà vi è l'onere di indicare nei documenti di gara la ponderazione relativa a ciascuno dei criteri selezionati per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; alla regola è posta un' unica eccezione riguardante l'ipotesi in cui la stessa debba

individuarsi in riferimento al solo criterio del prezzo più basso. Infine, qualora per ragioni obiettive non sia possibile operare la ponderazione, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà indicare i criteri elencandoli in ordine decrescente di importanza¹²⁵.

Ci si domanda a tal proposito come, in sede di recepimento da parte dei legislatori nazionali, tale ultima disposizione possa interagire con il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento delle imprese concorrenti.

Lo scopo delle disposizioni in esame, difatti, è proprio quello di garantire il rispetto della parità di trattamento degli operatori economici in sede di aggiudicazione dell'appalto. Gli stessi, a tal uopo, hanno pieno diritto di venire a conoscenza dei criteri di aggiudicazione e delle modalità di valutazione delle offerte utilizzati in sede di aggiudicazione dell'appalto, con le dovute eccezioni di cui sopra.

I criteri di cui all'art. 67, che in parte riprende quelli elencati all'art. 53 della direttiva 18/2004, possono essere raggruppati in tre macro aree attinenti rispettivamente la qualità, l'organizzazione del personale ed i servizi post-vendita.

Per qualità s'intendono il pregio tecnico, la commercializzazione, le caratteristiche sociali, ambientali, estetiche e funzionali, l'accessibilità. L'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale vengono invece in rilievo in tutti quei casi in cui tali parametri siano in grado di incidere sulla qualità dell'esecuzione e dunque sul valore economico dell'offerta. Si pensi ai servizi di natura intellettuale quali le consulenze¹²⁶.

¹²⁵ Cfr. art. 67, co. 5, direttiva 2014/24/UE.

¹²⁶ Dal combinato disposto dell'art 58, par. 4, e dell'allegato XII che disciplinano tra i requisiti richiesti agli operatori economici le capacità tecniche e professionali, emerge che le amministrazioni aggiudicatrici possono valutare anche i titoli di studio e le esperienze professionali.

Qualora l'esperienza del personale di un'impresa sia oggetto di valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, è compito delle stesse garantire tramite idonei strumenti contrattuali che il personale addetto all'esecuzione del contratto soddisfi

Infine, tra i servizi post-vendita e l'assistenza tecnica rientrano, ad esempio, i termini di esecuzione e di consegna dell'opera.

La direttiva appalti 2014/24/UE consente di valutare l'esperienza del personale che si occuperà dell'esecuzione dell'opera, consentendone l'applicazione anche per i contratti di appalto aventi ad oggetto quei servizi nel cui ambito capacità ed esperienza del personale sono in grado di incidere direttamente sulla qualità delle prestazioni offerte¹²⁷.

Occorre precisare però che la disciplina appena esposta non coinvolge genericamente qualsiasi tipologia contrattuale, limitandosi a disciplinare esclusivamente quelle tipologie di appalti che abbiano ad oggetto lavori e servizi implicanti l'utilizzo di prestazioni di natura intellettuale ed in ragione dell'elevato grado di rilevanza del ruolo che le stesse ricoprono ai fini dell'esecuzione dell'opera.

I summenzionati criteri, affinché possano garantire un sistema concorrenziale, devono essere legati all'oggetto dell'appalto e rappresentare il risultato di una valutazione ben ponderata da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, che hanno l'onere di verificare in ogni fase il rispetto dei requisiti e delle informazioni fornite dalle imprese.

La nozione di "offerta economicamente più vantaggiosa", pertanto, non indica più un mero criterio di valutazione delle offerte, alternativo a quello del prezzo più basso, essendo piuttosto utilizzato dal legislatore europeo quale concetto generale che fornisce alle amministrazioni

realmente i requisiti di qualità. Pertanto la direttiva, al *considerando* n. 94 prevede che l'eventuale sostituzione possa avvenire solo con il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice e previo accertamento circa le qualità ed esperienze professionali del personale sostitutivo.

La *ratio* della disciplina in esame è quella di garantire che in fase di esecuzione siano mantenuti gli standard promessi in sede di presentazione dell'offerta.

¹²⁷ La direttiva non limita espressamente la previsione ai soli appalti di servizi; la stessa può pertanto considerarsi estesa anche a tutti gli appalti lavori in cui la valutazione dei parametri in esame possa ricadere sulle caratteristiche qualitative dell'opera.

aggiudicatrici gli strumenti per selezionare l'offerta migliore anche sotto il profilo economico¹²⁸.

L'elemento economico, alla luce di un'attenta analisi della direttiva, dovrebbe invero considerarsi elemento imprescindibile ai fini della valutazione dell'offerta, in considerazione sia dei costi diretti che dei costi indiretti che l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata ad affrontare durante tutto il ciclo di vita dell'opera, di svolgimento del servizio ovvero di utilizzo della fornitura. A riprova di ciò, ai fini della stima dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la nuova normativa fissa l'onere per le stazioni appaltanti di valutare tra i parametri i cd. costi del ciclo della vita¹²⁹.

Il concetto di "costo del ciclo della vita" abbraccia pertanto costi interni, di cui al punto *a*), e costi imputabili ad esternalità, di cui al punto *b*), quali quelli relativi alle emissioni di gas ad effetto serra e di altre sostanze inquinanti derivanti dall'estrazione di materie prime utilizzate dal prodotto ovvero dal prodotto stesso, nonché i costi relativi alle misure predisposte per l'attenuazione dei cambiamenti climatici.

Nonostante l'indubbia rilevanza rivestita dall'elemento economico, la direttiva pone un'eccezione alla regola, consentendo alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare l'offerta secondo elementi differenti dal prezzo e dalla remunerazione. Il riferimento è a quelle ipotesi in cui vi siano disposizioni nazionali che impongano dei prezzi

¹²⁸ Un'altra eccezione è prevista al *considerando* n. 90 (e recepita all'art. 67), che disciplina la facoltà per i Paesi membri di escludere il parametro del prezzo o del costo come unico criterio di valutazione qualora lo stesso sia da considerarsi non appropriato. La *ratio* della previsione in esame risponde all'esigenza di favorire ed incoraggiare l'aggiudicazione in relazione all'aspetto qualitativo dell'appalto.

¹²⁹ Tra questi l'art. 68 annovera al punto *a*) i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, ovvero i costi di acquisizione, quelli connessi all'utilizzo, tra cui il consumo di energia, i costi di manutenzione e quelli successivi di raccolta e riciclaggio; al punto *b*) i costi derivanti da esternalità di natura ambientale attinenti ai prodotti, ai servizi o ai lavori durante il ciclo della vita, purché il relativo valore monetario sia determinato e verificabile.

fissi per specifiche forniture e la remunerazione per la prestazione di determinati servizi ¹³⁰. In tali occasioni gli operatori economici vengono valutati sulla base di criteri meramente qualitativi che favoriscono e privilegiano gli aspetti di carattere sociale ed ambientale.

Proprio la valutazione dei costi legati all'intero ciclo della vita è espressione della rinnovata attenzione che il legislatore europeo rivolge alle tematiche ambientali. Per operare una corretta valutazione dei costi relativi al ciclo della vita, è previsto un ulteriore onere in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, che devono indicare nei documenti di gara tutti i dati e le informazioni che gli operatori economici hanno l'obbligo di fornire, nonché le modalità di determinazione dei costi del ciclo della vita che verranno utilizzate dalle amministrazioni sulla base dei dati suddetti¹³¹.

La valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice, lungi dal possedere carattere meramente discrezionale, deve basarsi su metodi e sistemi previamente definiti e portati a conoscenza degli operatori economici. Tali metodi, che possono essere definiti sia a livello nazionale che regionale o locale, al fine di consentire un corretto rispetto dei meccanismi concorrenziali, devono possedere carattere generale e non essere predisposti esclusivamente per particolari e specifiche procedure.

A tal uopo si è resa necessaria la predisposizione di una normativa a livello europeo disciplinante l'elaborazione di metodologie per la valutazioni dei costi del ciclo della vita comuni a tutti i Paesi membri¹³².

¹³⁰ Art. 67, comma 1.

¹³¹ I dati richiesti alle imprese devono poter essere forniti con "ragionevole sforzo" e con la diligenza di un normale operatore economico che si trovi all'interno del circuito dei Paesi dell'AAP ovvero di altri accordi internazionale di cui l'Unione Europea è parte. La valutazione dei costi relativi alle esternalità ambientali va effettuata sulla base di criteri che siano oggettivi, verificabili ed altresì non discriminatori. Tutte le parti interessate devono potervi accedere liberamente.

¹³² Sul tema rileva la Comunicazione della Commissione "Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale", COM (2003) 302, ove l'Istituzione invita gli Stati membri a

L'elenco di metodi comuni attualmente vigente viene, seppur in tempi poco celeri, aggiornato dalla Commissione.

6. Il ruolo di verifica e controllo della Commissione Europea

La lotta alla corruzione e la predisposizione di misure volte a prevenirla svolgono un ruolo cardine all'interno delle politiche promosse dall'Unione, e le nuove direttive rispecchiano appieno la consapevolezza che il legislatore europeo ha acquisito circa la estrema vulnerabilità ai fenomeni corruttivi di cui il settore degli appalti pubblici è affetto.

Le pratiche corruttive, difatti, spesso costituiscono circa il 20-25% del costo totale di un appalto, ed in alcuni casi raggiungono la soglia del 50%¹³³. Tale consapevolezza si è tradotta nella predisposizione di specifiche misure volte a prevenire la corruzione già nelle procedure di affidamento, e rivolte sia agli Stati membri, sia in via diretta agli stessi operatori economici; infine nella creazione di un sistema di controllo, fondato sulla trasparenza e la tracciabilità dei flussi finanziari.

La corruzione è di ostacolo alla crescita di mercato unico fondato su regole concorrenziali. In un mercato non concorrenziale ed affetto da meccanismi corruttivi si registra un proporzionale aumento della spesa pubblica, dovuto alla circostanza che le pubbliche amministrazioni si ritrovano a pagare prezzi più alti per le offerte presentate all'interno di un circuito non competitivo, e ciò si riverbera direttamente sui contribuenti e sulle proprie risorse personali.

predisporre opportuni piani di azione al fine di integrare la disciplina degli appalti pubblici con le esigenze di natura ambientale.

¹³³ Cfr. T. MEDINA ARNAIZ, *The exclusion of tenderers in public procurement as an anticorruption mean*, in www.nispa.org.

I Paesi europei hanno subito ulteriori pressioni derivanti dalla crisi economico-finanziaria che ha investito l'Occidente, e che ha influito negativamente, aggravandole, su pratiche corruttive quali riciclaggio di denaro, frodi finanziarie, favoreggiamento di attività legate alla criminalità organizzata nonché sul bilancio dell'Unione. Si stima, difatti, che la corruzione costi all'economia europea circa 120 miliardi di Euro l'anno¹³⁴.

È necessario, pertanto, che in sede europea sia garantita una sufficiente apertura del mercato, affinché l'utilizzo di fondi pubblici sia massimizzato in termini di efficienza in modo da diminuire la spesa pubblica e rendere il flusso finanziario quanto più trasparente possibile. Tutela della trasparenza delle operazioni e dei meccanismi concorrenziali sarebbero, a parere del legislatore europeo, due potenti strumenti in grado di prevenire e di contrastare il fenomeno della corruzione, che è di ostacolo alla competitività dell'Unione nell'economia globale.

A tal fine il pacchetto direttive del 2014 contiene una serie di disposizioni correlate alle politiche di lotta alla corruzione, quali la preclusione a partecipare per tutte quelle imprese che abbiano subito condanne penali definitive per delitti di corruzione, l'esclusione di offerte anormalmente basse, la tutela di pubblicità e trasparenza in ogni fase del procedimento, la previsione di dettagliate disposizioni che disciplinano precipuamente i casi in cui sono consentite modifiche ai contratti in fase di esecuzione.

Lo scenario delineato dalla precedente legislazione ha determinato la necessità di un intervento da parte della Commissione Europea, la quale nel 2011 ha emesso una comunicazione, COM (2011) 30 *“La lotta contro la*

¹³⁴ Secondo le stime contenute nel rapporto della Commissione Europea *Anti-corruption Report*, del febbraio 2014, la corruzione costa all'economia europea 120 miliardi di euro l'anno, ovvero l' 1 % del PIL comunitario.

corruzione nell'Unione Europea", che si inserisce nel quadro del Programma di Stoccolma¹³⁵.

Nella comunicazione la Commissione ha definito nuove misure in grado di inserire la lotta alla corruzione tra le politiche interne ed esterne dell'Unione. Nella medesima sede l'Istituzione ha dichiarato la futura redazione di Relazioni sulla lotta alla corruzione, da pubblicare a cadenza biennale ed aventi ad oggetto la valutazione ed il controllo delle politiche adottate in materia dagli Paesi membri¹³⁶.

La Relazione della Commissione assurge pertanto a strumento di lotta alla corruzione, nella misura in cui è mezzo di monitoraggio e valutazione degli sforzi compiuti dagli Stati. Oggetto della verifica sono le questioni di specifica rilevanza in ciascuno Stato membro dell'UE, dei quali la Commissione definisce e delinea da una parte le prassi corrette, dall'altra invece individua le eventuali violazioni e pratiche scorrette e predispone le misure che ritiene adeguate al fine di contrastare in modo efficace i fenomeni corruttivi.

Occorre tuttavia rilevare che non sempre è compito agevole individuare misure comuni a tutto il territorio dell'Unione, in quanto a

¹³⁵ Il Programma di Stoccolma, in ossequio agli esiti dei Programmi di Tampere e dell'Aia, punta a rafforzare lo spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza attraverso la predisposizione di azioni aventi ad oggetto la tutela degli interessi e delle esigenze dei cittadini dell'Unione.

A tal uopo il Programma, all'interno dello spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza, ha definito le priorità dell'UE per il periodo 2010-2014. Tra gli obiettivi preme, in questa sede, ricordare l'esigenza della previsione di una strategia di sicurezza interna all'Unione allo scopo di garantire maggiore protezione dei cittadini, ovvero la predisposizione di strumenti più efficaci di contrasto al fenomeno della corruzione ed alla criminalità organizzata.

¹³⁶La valutazione effettuata dalla Commissione in sede di redazione dei Rapporti anticorruzione è il risultato di rilevazioni e dati raccolti e forniti da diversi organismi internazionali e dell'Unione. Si pensi alle risultanze delle consulenze fornite dal gruppo di esperti istituito in seno alla Commissione; ai dati forniti da Europol, Eurojust ed Ufficio Europeo per la lotta antifrode; ai sondaggi dell'Eurobarometro; ai meccanismi di controllo attivati presso l'OCSE, le Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa; ai dati forniti dagli stessi Paesi membri.

causa della complessità delle forme in cui la corruzione si manifesta, è sovente necessario agire sul piano nazionale affinché siano predisposte politiche anticorruzione più efficaci. Non esistendo dunque una soluzione che sia in generale valida per tutti gli Stati, la Relazione si propone di esaminare accuratamente ciascun contesto nazionale in modo tale da suggerire soluzioni quanto più possibili adeguate.

La prima Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, pubblicata in data 3 febbraio 2014, contiene i risultati dei sondaggi Eurobarometro del 2013; un capitolo "orizzontale" che descrive le principali pratiche corruttive e gli eventuali suggerimenti, per scongiurarle e contrastarle; un capitolo definito "tematico", in quanto incentrato su un tema di natura trasversale di rilevante importanza per l'UE, quale la disciplina degli appalti pubblici, che rappresentano uno dei settori maggiormente esposti al rischio di corruzione; un allegato sulla metodologia seguita nella preparazione e stesura della relazione; infine da ventotto capitoli, uno per Stato membro, aventi ad oggetto l'analisi delle questioni fondamentali in tema di corruzione.

Dall'analisi della struttura e ad una lettura più attenta emerge come il presupposto sul quale si fonda la politica anticorruzione adottata dalla Commissione non sia una lotta di carattere generale e globale, quanto piuttosto la predisposizione di specifiche strategie da elaborarsi a livello nazionale e che tengano conto degli sviluppi che il fenomeno ha subito in ciascun contesto.

Dalle risultanze dei controlli e dei sondaggi effettuati emerge un'Europa variegata, che si affaccia sullo scenario della lotta alla corruzione attraverso diversi approcci di natura sia preventiva che repressiva.

Sotto il primo profilo si riscontrano svariate politiche, che possono riassumersi in tre sottocategorie. All'interno della prima si registrano politiche di natura non unitaria, bensì frammentaria che hanno portato a scarsi risultati sul campo della prevenzione. Le seconda ricomprende

invece tutti quei Paesi considerati “puliti” grazie alla predisposizione di politiche preventive adeguate ed efficaci, caratterizzate dalla previsione di programmi anticorruzione dinamici ed aventi carattere prioritario tra le politiche governative¹³⁷. La terza categoria ricomprende, infine, tutti quegli Stati che hanno sottovalutato l’incidenza del fenomeno e per tale ragione hanno omesso di predisporre meccanismi attivi di prevenzione della corruzione.

Alcuni Paesi membri hanno puntato sul ruolo delle Autorità anticorruzione, oltre che su quelle giudiziarie, conferendo loro ampi poteri e facendole assurgere a unici garanti della legalità sul piano nazionale. Anche la Corte dei Conti ha assunto ruolo di primordine in molti Stati, sia quale promotrice di azioni da rivolgere alle autorità competenti che quale organo di verifica di casi di malversazione ovvero di finanziamenti a partiti politici e campagne elettorali.

Nonostante secondo la Commissione l’approccio globale non sia la soluzione più corretta ai fini della predisposizione di azioni di contrasto alla corruzione più efficienti, dall’analisi emergono considerazioni che lasciano evincere come l’ Istituzione reputi altrettanto deboli gli interventi che si limitino ad agire sul piano nazionale e locale, se privi di coordinazione e non accompagnati da efficaci misure di controllo interni ed esterni¹³⁸.

Uno dei settori più a rischio di subire infiltrazioni di pratiche corruttive è, secondo la Commissione, proprio quello dei contratti pubblici, che in termini di costi rappresentano circa un quinto del PIL dell’UE, ragion per cui la predisposizione di adeguati strumenti normativi

¹³⁷ Occorre precisare che trattasi di contesti giuridici in cui la corruzione ha assunto un ruolo marginale, ma non è completamente assente.

¹³⁸ La relazione prosegue con la descrizione dei meccanismi, anche di natura penale, approntati dai Paesi membri per reprimere le diverse ipotesi di corruzione, che per ragioni espositive non possono essere trattate in questa sede.

anticorruzione ed antifrode assurge a questione prioritaria sia per i Paesi membri che per l'Unione stessa.

Il pacchetto direttive si inserisce in un contesto mirante a garantire il rispetto dei principi e delle libertà sanciti dal TfUE quali la libertà di circolazione di merci, persone e capitali, la libera prestazione di servizi e la libera concorrenza al fine di promuovere la creazione di un mercato degli appalti aperto, basato sulla massimizzazione del grado di efficienza dell'utilizzo dei fondi pubblici. Affinché tale risultato possa dirsi raggiunto il legislatore europeo ha predisposto specifiche disposizioni che hanno ad oggetto il contrasto alle pratiche corruttive, il cui rispetto è valutato dalla Commissione, che svolge un ruolo di garante e custode dei trattati.

L'Istituzione, difatti, in caso di inosservanza della normativa sugli appalti interviene, di propria iniziativa ovvero a seguito di denuncia da parte di uno Stato membro, al fine di eliminare la violazione e ripristinare un contesto di legalità e conformità della normativa nazionale al dettato europeo.

L'indagine effettuata dalla Commissione, tuttavia, si limita ad accertare la presenza di un' eventuale violazione del diritto dei trattati in materia di appalti, non approfondendo l'analisi circa l'esistenza di fenomeni corruttivi che l'abbiano causata. Tra i casi più frequenti oggetto di avvio della procedura d'infrazione si annoverano le violazioni delle norme concernenti le procedure di aggiudicazione, il divieto di atti discriminatori, le regole sulla trasparenza.

Dai risultati dei sondaggi Eurobarometro sulla corruzione è emerso che almeno un terzo delle imprese concorrenti ad una gara d'appalto non si sia vista aggiudicataria a causa di episodi legati alla corruzione¹³⁹.

¹³⁹ Cfr. il *sondaggio Flash Eurobarometro 2013*, dal quale emerge una convinzione diffusa secondo la quale i più gravi episodi di corruzione siano sovente imputabili ad i funzionari, che nell'esercizio delle proprie funzioni sarebbero avvezzi a porre in essere pratiche corruttive e ad agire per soddisfare interessi di natura schiettamente personale.

Particolari ed eccessivi oneri burocratici e fissazione di criteri ad hoc per talune imprese partecipanti sono stati un ottimo deterrente per molti operatori economici che hanno deciso di astenersi dalla partecipazione alle gare d'appalto pubbliche. Tra le pratiche maggiormente lamentate dalle imprese si annoverano la presenza di conflitti d'interesse nella valutazione delle offerte (54%), criteri di selezione o di valutazione delle offerte poco chiari (51%), predisposizione di capitolati d'oneri su misura per determinate imprese partecipanti (57%), e partecipazione delle stesse nella predisposizione e stesura dei capitolati stessi (48%), abuso di ricorso senza giustificato motivo a procedure accelerate (46%), abuso nel ricorso a modifiche dei termini contrattuali durante la fase di esecuzione (44%).

Qualora vi sia un reale sospetto circa la presenza di episodi di corruzione ovvero l'esistenza di conflitto d'interesse nella gestione dei fondi pubblici dell'UE, è prevista la possibilità di sospendere l'irrogazione degli stessi sino alla predisposizione di adeguate misure correttive che puntino altresì a rafforzare i meccanismi di gestione del denaro pubblico ed i relativi controlli.

Tra le pratiche corruttive oggetto di procedimenti penali, invece, la Commissione ha rilevato la stesura di capitolati d'oneri ad hoc per favorire alcuni concorrenti, la suddivisione fraudolenta di appalti in una molteplicità di contratti al fine di eludere la normativa comunitaria, la presenza di conflitti d'interessi in quasi tutte le fasi del procedimento riguardanti sia i funzionari che le stesse amministrazioni aggiudicatrici, la predisposizione di criteri di selezione dei contraenti ingiustificati e miranti a ridurre il numero dei concorrenti, l'esclusione ingiustificata delle offerte, lo smodato ricorso a procedure di emergenza, la non corretta valutazione di offerte anormalmente basse, il ricorso eccessivo al criterio di

Tra i Paesi in cui si registrano alti livelli di percezione circa l'esistenza sistematica di comportamenti corrotti posti in essere dai funzionari pubblici rientrano la Grecia, l'Italia, la Danimarca, la Croazia, La Repubblica Ceca, i Paesi Bassi, la Slovenia.

aggiudicazione del prezzo più basso, la troppo frequente presentazione di eccezioni volte a giustificare la mancata pubblicazione delle offerte¹⁴⁰.

Se da un lato il ricorso a procedure di aggiudicazione dirette e non concorrenziali è disciplinato dalla normativa europea, dall'altro l'eccessivo ed ingiustificato utilizzo di procedure negoziate, dirette, aumenta notevolmente il rischio di corruzione, in quanto riduce inevitabilmente il novero dei partecipanti.

Elevato è inoltre il numero di Stati membri in cui si verificano numerosi casi di finanziamento illecito ai partiti politici. Le forme in cui il finanziamento illecito si manifesta possono essere molteplici; tra queste rientrano la sussistenza di forti legami tra personaggi politici ed imprese, che sovente hanno dato vita a pratiche corruttive nella gestione ed aggiudicazione di appalti pubblici. Si pensi alla circostanza che troppo spesso le concessioni di finanziamenti ai partiti politici sono state e vengono tuttora ricompensate attraverso illegittime aggiudicazioni di contratti pubblici.

Le ricerche e gli studi effettuati dalla Commissione hanno altresì rilevato come gli appalti pubblici banditi a livello regionale e locale siano affetti da meccanismi di corruzione peculiari, legati all'ampio margine di discrezionalità di cui godono le amministrazioni aggiudicatrici locali di predisporre misure volte a contrastare gli episodi di corruzione. Alla discrezionalità accentuata si affianca un elevato grado di autonomia di cui

¹⁴⁰ Da un recente studio, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, effettuato nel 2013 e realizzato da PwC ed Ecorys, con il sostegno della Utrecht University, sono emerse almeno quattro tipologie differenti di pratiche irregolari per fenomeni legati alla corruzione, ovvero la turbativa d'asta, il pagamento di tangenti ai funzionari pubblici, la presenza di conflitto d'interessi, ed infine casi di cattiva amministrazione in genere.

le stesse godono nella gestione dei fondi pubblici, che però non è adeguatamente controbilanciata dalla presenza di controlli efficienti¹⁴¹.

Il caso emblematico, che la Commissione ha riscontrato con molta frequenza, è quello di funzionari pubblici che hanno dato vita ad una vera e propria rete di clientele, volta alla conclusione di transazioni illecite con imprese “amiche”.

Svariati Stati membri, tra i quali l'Italia, hanno visto la nascita di partiti politici a livello comunale formati da esponenti della criminalità organizzata, allo scopo di poter esercitare indebita influenza sugli organi ed organismi preposti al controllo ed al contrasto del crimine organizzato. A tal uopo alcuni comuni si sono dotati di apposite misure che hanno previsto l'adozione di sistemi anticorruzione volti alla gestione ed al controllo dei flussi finanziari interni all'amministrazione locale.

Uno dei settori maggiormente a rischio, in cui si è registrato un elevato tasso di episodi corruttivi, è quello dei contratti pubblici collegati allo smaltimento dei rifiuti ed allo sviluppo urbano. I piani di zonizzazione, ad esempio, sono stati spesso modellati sulle esigenze delle imprese locali che esercitavano pressioni per il cambiamento della classificazione urbanistica che più le avrebbe avvantaggiate nell'aggiudicazione dell'appalto per la costruzione di immobili.

Dalle valutazioni contenute nella Relazione emerge che numerosi sono gli Stati membri, e tra essi anche l'Italia, che hanno adottato normative volte ad incentivare la tutela della trasparenza e della concorrenza nel mercato nel settore degli appalti pubblici. Le misure adoperate hanno dato vita alla creazione di veri e propri sistemi di prevenzione e contrasto del fenomeno corruttivo nei *public procurement*, che tuttavia hanno generato un generale senso di incertezza normativa e

¹⁴¹ In alcuni Paesi buona parte degli investimenti pubblici è finanziata anche attraverso i Fondi strutturali, circostanza che attenua i rischi di *mala gestio* in virtù dei controlli cui suddetti fondi sono sottoposti.

giuridica, causato dalla stratificazione normativa, dalle problematiche attinenti l'inefficienza nell'attuazione e dall'insufficienza dei meccanismi di controllo predisposti.

La iper-regolamentazione ha contribuito a rendere il quadro normativo alquanto ostico, e paradossalmente incapace di incidere in maniera efficace nella lotta alla corruzione, costituendone un ostacolo. Alcuni ordinamenti giuridici, tra i quali l'Italia, si sono dotati di piani per l'integrità e la prevenzione della corruzione, e predisposto apposite misure per le segnalazioni e la valutazione dei rischi di pratiche corruttive nelle procedure di appalto. Sono sorte altresì numerose associazioni di amministrazioni regionali e locali per la promozione della lotta alla criminalità organizzata, quali l' "Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale" (ITACA), nato nel 1996 per impulso delle Regioni italiane¹⁴².

In altri casi le pubbliche autorità hanno elaborato dei veri e propri programmi di contrasto al crimine organizzato, quali il programma C.A.P.A.C.I. (*Creating Automated Procedures Against Criminal Infiltration in public contracts*), elaborato dal CCASGO e presentato alla Commissione europea tra i progetti volti a garantire la sicurezza negli appalti pubblici.

Nelle conclusioni della Relazione, la Commissione sottolinea la necessità:

¹⁴² L'Istituto Itaca è un'associazione federale, nonché organo tecnico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, che promuove il raccordo ed il coordinamento delle politiche in tema di trasparenza e certificazione in materia di appalti tra le Regioni e le Province autonome. Tra gli obiettivi statuari rientrano:

- lo sviluppo e la promozione della trasparenza nelle diverse fasi delle procedure di affidamento di appalti pubblici e concessioni pubbliche, tramite la realizzazione di sistemi di adeguata informazione;
- la promozione delle buone pratiche nell'affidamento di servizi, forniture e lavori pubblici per la qualità urbana e la sostenibilità ambientale;
- la definizione e lo sviluppo di procedure qualificate per la gestione e l'affidamento di appalti pubblici, attraverso l'introduzione di sistemi di qualità nelle procedure ispirati ai principi della normativa UNI EN ISO.

-che gli Stati predispongano e garantiscano norme minime comuni di trasparenza applicabili alle procedure di aggiudicazione ed alla fase di esecuzione degli appalti pubblici a livello delle amministrazioni regionali e locali;

- che rafforzino i meccanismi di tutela della trasparenza e pubblicità delle operazioni della fase precedente e successiva a quella di aggiudicazione, tramite la pubblicazione online da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di conti e bilanci annuali, della ripartizione di costi relativi a lavori, servizi e forniture;

- che garantiscano livelli più alti di trasparenza delle operazioni per gli appalti eseguiti da imprese statali nel contesto di partenariati pubblico-privato;

- che siano pubblicati i contratti pubblici conclusi e ne sia garantito l'accesso;

- che siano rafforzati i meccanismi e gli strumenti di controllo al fine di prevenire ed individuare le pratiche di corruzione ed i conflitti d'interessi durante tutto il ciclo degli appalti pubblici;

- che sia garantito un coordinamento efficace tra le Autorità di vigilanza dei contratti pubblici;

- che siano rafforzati i regimi sanzionatori in caso di episodi di corruzione e conflitti d'interessi.

Una soluzione unica ed unitaria al problema della corruzione nei *public procurement* che sia valida ed efficace per tutti gli Stati membri dell'UE tuttavia non è paventabile. Il grado di percezione dei fenomeni corruttivi quali i conflitti di interessi, difatti, muta di Paese in Paese e costituisce fattore determinante per la scelta dello strumento (legislativo o regolamentare) che sia maggiormente adeguato a contrastarne l'insorgenza.

I risultati delle strategie adottate a livello globale, stando alle risultanze dell'analisi della Commissione, sono stati disomogenei, e se in

alcuni Paesi i progressi in campo sono stati concreti, per la restante grande maggioranza le strategie proposte dalle Convenzioni internazionali non hanno di molto modificato il panorama della lotta alla corruzione negli appalti pubblici.

7. Libro verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti e Strategia Europa 2020

Europa 2020 è una Strategia europea decennale che mira ad una crescita del mercato europeo che sia intelligente, sostenibile ed inclusiva ed altresì fondata su tre priorità tra loro interconnesse ed imprescindibili, quali lo sviluppo di un' economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, la promozione di un' economia efficiente dal punto di vista delle risorse, a bassa emissione di carbonio e competitiva, ed infine l'incremento del tasso di occupazione che possa favorire la coesione sociale e territoriale.

Nell'ambito della Strategia Europa 2020 un ruolo di primordine è svolto dai *public procurement*, strumento primario ai fini della realizzazione degli obiettivi prefissati, in quanto fondamentali per la promozione della ricerca e dell'innovazione, per il raggiungimento di un'economia di mercato più efficiente a basse emissioni di CO2 tramite il ricorso ai *green procurement*, infine per l'innovazione tramite la garanzia dell'ingresso nel mercato di piccole e medie imprese (PMI).

Affinché gli obiettivi possano essere raggiunti in sede europea, nell'Atto per il mercato unico¹⁴³ la Commissione ha enunciato la necessità che

¹⁴³ Trattasi della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni del 27

vengano predisposte legislazioni europee improntate al criterio di semplificazione in materia di appalti pubblici, in modo tale che la procedura di aggiudicazione possa giovare in termini di flessibilità e snellezza, e così favorire l'utilizzo dei *procurement* quale strumento di sostegno per l'attuazione delle politiche dell'Unione.

A giocare un ruolo fondamentale sono le amministrazioni aggiudicatrici, che possono fornire un importante contributo per la realizzazione delle priorità della Strategia Europa 2020 bandendo appalti pubblici di beni e servizi a maggiore valenza sociale, che favoriscano l'innovazione, il rispetto per l'ambiente, la promozione dell'uguaglianza.

Affinché tali obiettivi possano essere perseguiti dalle pubbliche amministrazioni durante ogni singola fase della procedura di aggiudicazione, è necessario che venga garantita una descrizione chiara e non discriminatoria dell'oggetto dell'appalto e che vengano altresì definite le specifiche tecniche che non abbiano per effetto quello di favorire determinate imprese¹⁴⁴.

La tematica delle specifiche tecniche riveste un ruolo di rilievo all'interno della disciplina europea dei *public procurement*, in quanto un eventuale mancato rispetto della normativa a ciò preposta determinerebbe un ostacolo al processo di armonizzazione ed alla libera circolazione delle merci, di cui agli artt. 26 e ss. TfUE¹⁴⁵.

Già la direttiva 18/2004/CE prevedeva che "le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla

ottobre 2010, COM(2010) 608, dal titolo "Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitivo".

¹⁴⁴ Così come previsto nel *Libro verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, del 27 gennaio 2011.

¹⁴⁵ Cfr. P. PIVA, *op. cit.*, p. 833.

concorrenza”¹⁴⁶. Affinché la concorrenza non subisca limitazioni o distorsioni, è previsto che le specifiche tecniche non possono menzionare fabbricazioni, provenienze particolari ovvero specifici procedimenti, e neppure far riferimento a marchi, brevetti, produzioni specifiche che avrebbero come effetto quello di favorire o eliminare determinate imprese¹⁴⁷.

Alla regola si accompagna l’eccezione. Qualora, difatti, la descrizione di una specifica tecnica risulti non sufficientemente precisa ed “intellegibile dell’oggetto dell’ appalto” alla stessa si accompagnerà la dicitura “o equivalente”.

La Corte di Giustizia si è più volte pronunciata in materia, ribadendo che l’inserimento nel capitolato d’oneri di una clausola che, ai fini dell’esecuzione di un contratto di appalto, dispone l’utilizzo di un prodotto di una specifica marca sia in contrasto con il diritto europeo, qualora alla stessa non si accompagni la dicitura “o equivalente”¹⁴⁸.

Le regole di *par condicio* ed il principio di concorrenza però possono subire delle deroghe per ragioni di tutela ambientale e motivi sanitari, che possono giustificare il *favor* delle amministrazioni aggiudicatrici per l’acquisto di alcuni prodotti *in loco*. Purché dalla scelta però non derivino discriminazioni ingiustificate nei confronti di taluni fornitori¹⁴⁹

¹⁴⁶ Così all’ art. 23, par. 2, della direttiva 18/2004/CE (ora art. 42, par. 2, della direttiva 2014/24/UE). Si legga, per una disamina più approfondita, quanto predisposto all’ Allegato VII della direttiva 2014/24/UE.

¹⁴⁷ Art. 43, par. 4, direttiva 2014/24/UE.

¹⁴⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c. Spottrup Boligselskab*.

¹⁴⁹ Il Libro verde, al paragrafo 4.1, specifica altresì che eventuali trattamenti discriminatori «possono essere giustificati soltanto in casi eccezionali, in cui esigenze legittime e obiettive che non sono associate a considerazioni di natura puramente economica possono essere soddisfatte soltanto dai prodotti di una certa regione».

L’impatto energetico e quello ambientale sono dei requisiti che le amministrazioni hanno l’onere di valutare. Tali oneri sono imposti alle stazioni appaltanti da appositi regolamenti e direttive UE, quali il Regolamento c.d. *Energy Star*, n. 106/2008; la direttiva 2009/33/CE sull’ efficienza degli usi finali dell’energia e sui servizi energetici; la direttiva 2010/20/UE sull’indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti

Tutela dell' ambiente, efficienza energetica ed innovazione assumono un ruolo di primordine durante la fase di aggiudicazione di un appalto pubblico. L'inserimento da parte delle stazioni appaltanti di criteri di aggiudicazione ad essi legati, difatti, conferisce all' appalto un valore aggiunto: le imprese concorrenti sono "incoraggiate" a presentare offerte che superano i livelli previsti nelle specifiche tecniche ed a promuovere l'ingresso nel mercato di prodotti innovativi.

Il settore degli appalti pubblici, tuttavia, stando alle risultanze del programma di Stoccolma del 2009, a causa della profonda ed intima connessione esistente tra la disciplina pubblicistica e quella privatistica è particolarmente esposto al rischio di corruzione e di pratiche commerciali scorrette.

Tra queste si annoverano i conflitti di interessi che, nonostante non siano ricollegabili nella totalità dei casi ad episodi di corruzione, costituiscono gravi irregolarità alle quali occorre porre rimedio¹⁵⁰.

connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti.

L'imposizione di tali obblighi in materia di acquisti può essere considerata uno strumento efficace ai fini della realizzazione degli obiettivi della Strategia Europa 2020, ed utile a ridurre le differenze esistenti tra le diverse politiche attuate dai vari Stati membri in tema di appalti. Tuttavia la disciplina solleva alcune questioni in merito alla inevitabile limitazione della concorrenza, che si accompagnerebbe alle problematiche economiche derivanti dal lungo periodo di rescissione economica che l'UE si trova ad affrontare. Affinché si riduca il rischio di discriminazioni tra le imprese concorrenti è necessario che i requisiti ed i criteri imposti siano obiettivi, e concernano solamente quei settori del mercato dell' UE in cui sia garantita una concorrenza effettiva. Gli obblighi in materia ambientale, quali quelli in materia di efficienza energetica, nonostante sembrano falsare la concorrenza nello *short run*, potrebbero in realtà generare consistenti risparmi economici nel *long run*. A tal uopo nel Libro verde si sostiene l'importanza di una formazione adeguata del personale, dell' introduzione di requisiti standardizzati a livello europeo, ovvero l' utilizzo di incentivi per beni e servizi ecosostenibili, socialmente inclusivi o innovativi senza che gli stessi si traducano in imposizioni per le pubbliche amministrazioni.

¹⁵⁰ Cfr. sentenza del Tribunale, III sezione, 15 giugno 1999, causa T-277/97, *Ismeri Europa Srl c. Corte dei conti delle Comunità europee*.

Tra le condotte riconducibili all'interno della fattispecie rientrano quelle di soggetti che partecipano alla decisione di aggiudicazione di un appalto e che presentino

L'integrità e la correttezza dello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti sono altresì messe a rischio dalla presenza di episodi di corruzione e di favoritismi in generale (tra questi rientrano tutti quei casi in cui vengono avvantaggiate le c.d. imprese amiche.). Tra le condotte corruttive si ricordano, a titolo di esempio, il pagamento di tangenti ai funzionari pubblici affinché influiscano sulle procedure di aggiudicazione, ovvero l' inserimento nel bando di gara di criteri e requisiti specifici che mirino a restringere la concorrenza.

Il Libro verde, al punto 5.2., contiene una raccomandazione per gli Stati membri, invitandoli a non predisporre legislazioni troppo dettagliate che finirebbero con l'imporre oneri sproporzionati per le amministrazioni ed appesantire il sistema, contravvenendo alle esigenze di semplificazione amministrativa. Occorre altresì tener conto delle differenti tradizioni normative dei vari Paesi membri, ragion per cui una normativa unitaria, a livello europeo, non sarebbe auspicabile.

Una delle soluzioni proposte, ed attuate nel nostro ordinamento¹⁵¹, è quella di incrementare il grado di trasparenza delle operazioni contrattuali (in modo tale da consentire un controllo capillare dell'operato della stazione appaltante) e di pubblicità degli atti e documenti di gara, oltreché dei contratti già conclusi.

Tra le soluzioni prospettate per contrastare il fenomeno della corruzione rientra altresì la possibilità di effettuare denunce, sia interne all'amministrazione che esterne, tramite l'utilizzo di sistemi informatici

interessi di natura personale, professionale ovvero finanziaria, in contrasto con il comportamento imparziale che sono chiamati ad assolvere nell'espletamento delle proprie funzioni. Costituisce conflitto di interessi altresì il comportamento di chi sia in grado di influire sui processi decisionali dell'amministrazione aggiudicatrice al fine di tutelare i propri interessi.

¹⁵¹ Si pensi al d.lgs. n. 33/2013, ovvero alla legge 190/2012. Per una disamina più approfondita si veda il capitolo III.

ovvero telefonici che preservino l'anonimato del denunciante e lo tutelino da possibili ritorsioni¹⁵².

A ciò si aggiunge l'onere per gli Stati membri di escludere le offerte provenienti da imprese "scorrette", che abbiano tenuto comportamenti corrotti ovvero scorretti, in generale¹⁵³. Tra i motivi di esclusione si annovera la condanna definitiva per partecipazione ad un'organizzazione criminale, ovvero per corruzione, così come definita nella Convenzione contro la corruzione del 1997 ovvero dalle normative interne degli Stati membri.

¹⁵² Si pensi alla disciplina che tutela il *whistleblower*. Per la disciplina italiana si rimanda al capitolo III.

¹⁵³ Il legislatore europeo specifica la necessità di prevedere dei casi di esclusione tassativi, chiari ed esaurienti, affinché gli stessi non vengano utilizzati come espediente per escludere determinate offerte. I casi di esclusione degli offerenti scorretti sono disciplinati all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE.

Tra gli strumenti volti ad eliminare il rischio e le eventuali conseguenze derivanti da comportamenti scorretti, cause di esclusione, posti in essere dalle imprese, l'art. 57 annovera la possibilità per le imprese di adottare misure di autodisciplina. Le misure di autodisciplina consentono alle imprese di eliminare le situazioni ostative all'ammissibilità alla gara, ed alla stazione appaltante di operare una valutazione complessiva degli offerenti più accurata ed obiettiva.

CAPITOLO III

GLI APPALTI PUBBLICI, TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO SOVRANAZIONALE

1. Gli appalti pubblici nel diritto interno

Come ogni soggetto del nostro ordinamento dotato di personalità giuridica, le pp. aa. possono stipulare contratti di diritto comune. A differenza dei contratti tra privati, però, quelli in cui una delle parti è una pubblica amministrazione soggiacciono a specifiche regole, che si affiancano, talvolta derogandole, a quelle di diritto comune¹⁵⁴.

La pubblica amministrazione, difatti, anche quando è parte di un contratto agisce sempre per il perseguimento dell'interesse generale della collettività, interesse che assurge a fine primario dell'intera attività amministrativa. Per tale ragione la p.a. non gode di autonomia privata in senso pieno, ma è vincolata al rispetto dei principi cardine dell' *agere* amministrativo, ovvero i principi di legalità, imparzialità e buon andamento.

Il contratto pubblico diviene pertanto strumento attraverso il quale la p. a. acquista da soggetti terzi energia lavorativa, beni materiali e servizi,

¹⁵⁴ Il quadro normativo dal quale si ricava la disciplina dei contratti pubblici è alquanto complesso e variegato. Le principali fonti a cui attingere sono, difatti, molteplici; tra queste il codice civile, la legge di contabilità dello Stato (r.d. n. 2440/1923) ed il relativo regolamento di attuazione (r.d. n. 827/1924), la legge n. 241/1990, il codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006), il codice del processo amministrativo, approvato con il d.lgs. n. 104/2010, il diritto comunitario (adesso diritto europeo) di cui si è diffusamente trattato nel precedente capitolo, la legge n. 106/2011 che ha convertito il decreto sviluppo, infine i capitoli d'oneri.

provvede alla realizzazione ed alla gestione di opere ed infine si procura risorse finanziarie¹⁵⁵.

La legge di contabilità dello Stato, R. D. del 18 novembre 1923 n. 2440, suddivide i contratti pubblici in contratti attivi, qualora dagli stessi derivi un'entrata per il bilancio della p. a., ovvero passivi quando invece la stipula comporti un esborso di denaro pubblico.

In quanto stipulati da una p.a., i contratti presentano altresì il carattere dell'autoritarità, che è propria del diritto amministrativo. La disciplina del contratto pubblico si sostanzia, in breve, in una serie di regole e principi che consentono il corretto svolgimento di un procedimento ad evidenza pubblica finalizzato all'indizione di una gara tra diversi operatori economici.

Se l'obiettivo finale cui il procedimento mira è l'aggiudicazione di un contratto pubblico, la fase di scelta dei criteri di aggiudicazione ne costituisce il momento cruciale. Il momento in cui si esplica la discrezionalità amministrativa, in cui è necessario che la p.a. operi un bilanciamento tra principi ed interessi contrapposti: la tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori economici da un lato e la garanzia dell'interesse pubblico dall'altro.

La predisposizione di adeguate normative che disciplinano le procedure di aggiudicazione consente la realizzazione di un mercato europeo concorrenziale al quale tutti gli operatori economici possono avere accesso a parità di condizioni¹⁵⁶. Ed in tale ottica si comprendono le ragioni per le quali tutti i criteri di aggiudicazione debbano soddisfare appieno i principi fondamentali di parità di trattamento e non discriminazione, che stando a quanto sostiene una giurisprudenza

¹⁵⁵ Cfr. M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli editore, 3° ed., 2014, p. 404.

¹⁵⁶ Cfr. S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, CEDAM, 2008, p. 397.

costante, devono essere rispettati in ogni fase del procedimento di aggiudicazione¹⁵⁷.

La disciplina dei criteri di aggiudicazione del contratto trae le sue origini dalla legge di contabilità pubblica dello Stato, il cui scopo precipuo era quello di tutelare gli interessi propri dello Stato in termini di bilancio pubblico, tanto da lasciare in secondo piano la garanzia della concorrenza tra le imprese, che trovava una forma di tutela solamente in via indiretta¹⁵⁸.

Già il regio decreto, all'art. 37, lasciava emergere una preferenza da parte del legislatore nazionale per la procedura aperta, caratterizzata dal pubblico incanto¹⁵⁹. Tuttavia il r.d. prevedeva che i trasporti, i lavori e le forniture si concedessero in appalto separatamente e secondo la natura del servizio; ove possibile e nei termini in cui risultasse più vantaggioso per la stazione appaltante, inoltre, se ne regolava la suddivisione in lotti.

La licitazione privata e l'appalto concorso erano, per contro, relegati a disciplina residuale, alla quale ricorrere solamente in casi alquanto limitati allorché si ritenesse con ragionevole probabilità che eventuali pubblici incanti sarebbero andati deserti; ovvero in particolari ipotesi di urgenza per le quali un eventuale pubblico incanto avrebbe pregiudicato l'esecuzione dei lavori, gli acquisti, i trasporti o le forniture di materiali; infine, una clausola generale consentiva la deroga al pubblico incanto in presenza di eccezionali circostanze a causa delle quali non potessero essere seguite utilmente le forme ad evidenza pubblica¹⁶⁰.

¹⁵⁷ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale J. KOKOTT presentate il 15 dicembre 2011, nella causa C-368/10, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*.

¹⁵⁸ Cfr. S. SCOCA, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in G. FESTA (a cura di), *Contabilità degli enti locali e contrattualistica pubblica*, 2012, p. 40.

¹⁵⁹ L'art. 73, lett. a), del r.d. n. 827/1924 stabiliva che l'asta pubblica dovesse effettuarsi con il metodo di estinzione di candela vergine oppure tramite la presentazione di offerte segrete da confrontare con il prezzo base fissato nell'avviso di gara.

¹⁶⁰ L'aggiudicazione per licitazione privata avveniva in tre differenti forme. Tramite l'invio di inviti a persone od imprese ritenute idonee all'aggiudicazione oggetto di licitazione a presentarsi in un luogo ad un'ora e data prestabilite per presentare le

La disciplina appena delineata, tuttavia, era in netto contrasto con le prime direttive europee del 1971, e nel dicembre del 1976 l'Italia si è vista condannare dalla Corte di Giustizia per mancato recepimento della normativa in materia di appalti¹⁶¹.

Le direttive europee e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno sin da sempre posto come criteri fondamentali ai fini dell'aggiudicazione il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto ritenuti i più idonei a tutelare i principi fondamentali che governano il mercato dei *public procurement* ¹⁶².

Nella già citata sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, la Corte ha ribadito la necessità che l'aggiudicazione di un appalto avvenga tramite l'applicazione di criteri "obiettivi", ovvero il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, che in quanto tali possano garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, assicurando che la valutazione delle offerte sia effettuata in modo tale da tutelare la concorrenza effettiva tra le imprese.

In più pronunce la Corte ha ribadito la crucialità della predisposizione di una efficace disciplina in tema di criteri di aggiudicazione, ai fini del rispetto della leale concorrenza nel mercato. Emblematico è il caso *Sintesi S.p.A. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, C- 247/02, sollevato dal TAR Lombardia circa la compatibilità

offerte (art. 89, lett. a)). Alle imprese veniva in alternativa inviato uno schema di atto contenente la descrizione dell'oggetto dell'appalto e delle condizioni generali e speciali. Le stesse erano invitate a restituirlo previa apposizione della propria firma e con l'indicazione dell'offerta del prezzo al quale sarebbero state disposte ad eseguire i lavori, ovvero in alternativa individuando un eventuale miglioramento del prezzo base, se previamente fissato dalla stazione appaltante (art. 89, lett. b)). Infine l'art. 73, lett. b), disciplinava l'ipotesi della presentazione di offerte segrete all'amministrazione.

¹⁶¹ Corte di Giustizia, sent. *Commissione c. Italia*, causa C-10/76, in Raccolta, 1359.

¹⁶² La direttiva 18/2004/CE statuisce, all'art. 2, che «le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

della normativa italiana in materia di criteri di aggiudicazione, di cui all'art. 21 della l. n. 109/1994, con le direttive comunitarie.

Nello specifico il g. a. contestava la disposizione summenzionata nella parte in cui la stessa indicava il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione di un appalto mediante asta pubblica o licitazione privata.

La possibilità di derogarvi, ammettendo il ricorso ad eventuali integrazioni di carattere tecnico proposte dall'appaltatore, era prevista solamente nel caso in cui si ritenesse possibile un miglioramento della progettazione, in virtù della prevalenza della componente tecnologica ovvero della peculiare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali dell'appalto in questione.

La seconda ipotesi di deroga era prevista per l'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso ovvero per l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata¹⁶³.

Così come appena descritta, la disciplina italiana poneva grossi limiti all'utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nell'intento di arginare il fenomeno, la Corte di Giustizia, nella pronuncia C- 247/02, ha statuito che la previsione di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, da parte di un legislatore nazionale, costituisce un forte limite per le amministrazioni aggiudicatrici, che vengono private in concreto della possibilità di valutare la natura e le

¹⁶³ L'art. 21, co. 2, statuiva che gli elementi variabili da valutare ai fini dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa fossero nei casi di appalto-concorso il prezzo, il valore tecnico ed estetico delle opere progettate, il tempo di esecuzione dei lavori, il costo di utilizzazione e di manutenzione ed infine ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare. Nel caso di licitazione privata per l'aggiudicazione di concessioni, venivano in rilievo il prezzo di cui all'art. 19, co. 2, il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

caratteristiche peculiari degli appalti di lavori, e della facoltà di selezionare all'uopo il criterio che si riveli più idoneo ai fini della selezione dell'offerta migliore, affinché sia garantita la libera concorrenza nel mercato.

In ragione della complessità che connota gli appalti di lavori, la Corte di Giustizia ha ritenuto e ritiene tuttora indispensabile che l'amministrazione aggiudicatrice utilizzi dei criteri oggettivi di selezione ed aggiudicazione, pertanto una normativa nazionale che, per contro, imponga l'utilizzo del solo criterio del prezzo più basso è in contrasto con i principi sanciti dal diritto europeo dei contratti.

In linea con gli obiettivi sanciti nella *Strategia Europa 2020*, gli appalti pubblici svolgono un ruolo che il legislatore europeo reputa fondamentale per la crescita economica sostenibile, basata sulla sussistenza di un'economia efficiente dal punto di vista delle risorse ed a basso livello di inquinamento¹⁶⁴.

Come anticipato nel capitolo precedente, la Commissione ha inciso notevolmente nella disciplina dei *Procurement*. In particolare, nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni del 13/4/2011, sull' *Atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, la Commissione ha elencato tra le dodici azioni da adottare in seno all'UE entro il 2012 l'innovazione del quadro normativo del settore degli appalti pubblici, puntando ad una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione al fine di utilizzare i contratti quali strumento utile per il conseguimento di altre politiche dell'Unione¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cfr. P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA, M. BERTOLISI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2014, p. 792.

¹⁶⁵ Nella Comunicazione la Commissione indica quale azione chiave la "revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici per giungere ad una politica equilibrata, che sostenga una domanda di beni, opere e servizi rispettosi dell'ambiente, socialmente responsabili e innovativi. La revisione garantirà inoltre che le

Il nostro Paese, tuttavia, difettava sino ai primi anni del nuovo millennio, di una disciplina sistematica ed unitaria dei contratti pubblici. La normativa che regolava gli appalti di lavori, ad esempio, non poteva considerarsi applicabile agli appalti di servizi e viceversa, e ciò dava vita ad un sistema caratterizzato da lacune e vuoti normativi, oltre che dalla presenza di disposizioni tra loro discordanti. Un punto di svolta è rappresentato dalle direttive europee del 2004, sulla scia delle quali è stato emanato, con d. lgs. n. 163/2006, il Codice dei contratti pubblici.

Il Codice segue quasi pedissequamente la lettera delle direttive, e ad una prima lettura emerge con chiarezza che i principi ispiratori dell'intera disciplina nazionale siano gli stessi che governano il settore degli appalti pubblici sul piano europeo

Così l'art. 2, comma 1, che dispone che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. La norma statuisce altresì che la procedura di affidamento debba svolgersi nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Il Codice dei contratti pubblici ricalca la disciplina europea anche in tema di criteri di aggiudicazione, e disciplina all' art. 81 il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa quali criteri di aggiudicazione per la scelta dell'offerta migliore.

Non manca in dottrina chi ha letto nella scelta del legislatore di anteporre, nell'enunciazione, il criterio del prezzo più basso a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa una sorta di "remora

amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano di procedure più semplici e più flessibili e che venga agevolato l'accesso alle imprese, in particolare alle PMI".

psicologica” a distaccarsi dalla vecchia tradizione legislativa che lo elevava a criterio principe¹⁶⁶.

Il secondo comma dell’art. 81 c.c.p., tuttavia, ha suscitato non poche perplessità: il dettato normativo lascia difatti un margine discrezionale troppo ampio alla stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare¹⁶⁷. Al fine di arginare il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni è intervenuto il Consiglio di Stato, che in più pronunce ha statuito che la scelta fra i due criteri di aggiudicazione spetti alla stazione appaltante, che agisce entro i confini dei poteri attribuiteli dal Codice.

La discrezionalità dell’amministrazione tuttavia incontra un limite: la scelta del criterio di aggiudicazione dovrà avvenire in vista del raggiungimento di un’effettiva concorrenzialità tra gli operatori economici e della valutazione e selezione dell’offerta migliore.

La sindacabilità giurisdizionale della scelta del criterio di aggiudicazione si riduce pertanto ai soli casi in cui le scelte dell’amministrazione aggiudicatrice presentino i caratteri della manifesta illogicità, dell’inadeguatezza ovvero del travisamento¹⁶⁸. E poiché la più recente giurisprudenza ha conferito ai due criteri i caratteri di pari dignità ed equivalenza, la scelta di uno dei due è automaticamente incontestabile, e sembra sottrarsi al sindacato di legittimità del giudice amministrativo a meno che in relazione alla natura, all’oggetto ed alle caratteristiche del contratto, tale scelta non sia manifestamente illogica, arbitraria ovvero macroscopicamente viziata da travisamento di fatto¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. P. PIVA, *op. cit.*, p. 800.

¹⁶⁷ Cfr art. 81 c.c.p., che al comma 2 così recita: « Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell’oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta».

¹⁶⁸ Cons. Stato, Sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408.

¹⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2013, n. 148; Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2013, 2032. La vecchia AVCP ha seguito il medesimo orientamento del Consiglio di Stato

Le pronunce giurisprudenziali appena enunciate seguono fedelmente la linea interpretativa della Corte di Giustizia, che precisa e ribadisce che il dettato normativo di cui all'art. 30 della direttiva 2004/18/CE è unicamente volto a scongiurare il pericolo che le amministrazioni aggiudicatrici si servano di criteri diversi da quelli disciplinati dal legislatore europeo, senza però esplicitare una preferenza verso l'utilizzo dell'uno piuttosto che dell'altro.

2. L'organismo di diritto pubblico alla luce della disciplina interna

Prima di passare all'analisi della disciplina dei criteri di aggiudicazione, occorre soffermare brevemente l'attenzione sulla nozione di organismo di diritto pubblico adottata dal legislatore interno, la quale ricalca quasi fedelmente quella dettata dal legislatore europeo. L'art. 3, comma 26, del codice dei contratti così recita:

«L'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici

e della Corte di Giustizia. Nel parere n. 9, febbraio 2013 infatti l'*Authority* ha confermato che la selezione dei criteri di cui all'art. 83 c.c.p. è espressione della discrezionalità amministrativa della stazione appaltante, in quanto tale "sottratta al sindacato di legittimità", a meno che "in reazione alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto tale scelta non sia manifestamente illogica, arbitraria ovvero macroscopicamente viziata da travisamento di fatto". Scopo primario delle amministrazioni aggiudicatrici è difatti assicurare e garantire un corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali che consenta di valutare le peculiari caratteristiche del contratto.

Il vero limite alla discrezionalità amministrativa risiederebbe dunque nella eventuale complessità tecnica di una specifica prestazione contrattuale, circostanza che imporrebbe all'amministrazione di scegliere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di poter correttamente valutare anche parametri di natura qualitativa.

territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

L'unica differenza tra disciplina nazionale e disciplina europea concerne l' inserimento dell' espressione «*anche in forma societaria*». Espressione che nel dettato comunitario rimane implicita¹⁷⁰.

Sulla nozione di organismo di diritto pubblico si è più volte pronunciato il Consiglio di Stato, che in più di un' occasione ha statuito che la stessa debba interpretarsi in virtù di criteri funzionali e sostanziali, che rispecchino la *ratio* del legislatore comunitario di ampliare ed estendere la nozione di amministrazione aggiudicatrice¹⁷¹.

Il fine ultimo della normativa europea è quello di scongiurare il pericolo che un ente pubblico si avvalga di società controllate, favorendole, e così falsando il gioco della concorrenza nel mercato a vantaggio di imprese statali. La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è pertanto orientata nel senso di respingere la tesi per cui la veste formale di società per azioni sia di per sé idonea ad escludere la natura pubblicistica di soggetti pubblici che, in virtù del controllo maggioritario da parte di un ente pubblico, sono affidatari di interessi pubblici rilevanti¹⁷².

Per tale ragione sia le società controllate che gli enti pubblici hanno l'onere di aggiudicare un contratto di appalto pubblico attraverso l'indizione di un' apposita procedura di gara¹⁷³.

¹⁷⁰ La nozione di organismo di diritto pubblico è stata analizzata nel capitolo II della presente trattazione.

¹⁷¹ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 1 aprile 2000, sent. n. 2078.

¹⁷² Cfr. R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 131.

¹⁷³ Il controllo ed il finanziamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice possono essere esercitati sia direttamente che indirettamente, tramite *holding*. Cfr. Cons. di Stato, 1 aprile 2000, sent. n. 2078, relativa alla detenzione da parte della Regione di un

Le medesime logiche hanno accompagnato la scelta di riconoscere la natura di organismo di diritto pubblico anche a soggetti giuridici aventi forma privata¹⁷⁴.

Tuttavia, così come accade sul piano europeo, la vera questione problematica concerne l' eventuale istituzione dell' ente al fine di soddisfare "specificamente" bisogni di interesse generale aventi natura non commerciale o industriale. In linea con le pronunce della Corte di Giustizia dell' UE, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha interpretato l' espressione in maniera elastica, statuendo che l'avverbio "specificamente" non va inteso nel senso di considerare l'attività di interesse generale dell'ente come esclusiva o prevalente¹⁷⁵.

Un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza è seguito altresì alla qualificazione dell' interesse generale, non industriale o commerciale. Il nocciolo duro della questione ha riguardato l'attribuzione di valenza autonoma al carattere non industriale o commerciale, rispetto a quello della generalità. Per anni, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'autonomia del carattere non industriale o commerciale è stata a torto negata, e la mancanza di contorni ben definiti ha finito per causare sovrapposizioni tra le diverse nozioni esistenti di organismi di diritto pubblico e di imprese pubbliche¹⁷⁶.

La questione è stata risolta nel senso di conferire autonomia al carattere non industriale o commerciale dell'interesse. Tale interpretazione

pacchetto azionario di controllo di una società che a propria volta deteneva per intero il capitale sociale della Struttura Valle d'Aosta s.r.l.

¹⁷⁴ Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, sent. 20 maggio 1995, n. 498. Per un commento approfondito, di veda S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 1134

¹⁷⁵ Cfr. Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*. Per la giurisprudenza italiana si vedano Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, sent. n. 1206; Cons. di Stato, sez. V, 1 aprile 2000, sent. n. 2078.

¹⁷⁶ Tra gli autori che hanno sostenuto la necessità di conferire autonomia ai due caratteri rientra G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 184 e ss.

è stata confermata in più pronunce dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, tra le quali ricordiamo quella in cui la Corte ha riconosciuto alla Gesip S.p.A., società partecipata dal comune di Palermo, natura di organismo di diritto pubblico, in quanto istituita per soddisfare interessi di carattere generale non industriale o commerciale¹⁷⁷.

Tra le S.p.A. sulla cui natura il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi rientra inoltre la società Poste S.p.A., che con sentenza n. 1206/2001 è stata dichiarata organismo di diritto pubblico, in quanto possedeva i requisiti di personalità giuridica, influenza pubblica e soddisfacimento di interessi generali, di carattere non industriale o commerciale.

Oltre all'analisi delle S.p.A., la giurisprudenza italiana ha giudicato circa la natura giuridica di fondazioni bancarie, università, enti fieristici¹⁷⁸. Dall'analisi delle pronunce dei giudici italiani emerge un ritardo nel recepimento della normativa europea, ed un approccio alla disciplina ancorato agli aspetti pubblicistici piuttosto che a quelli teleologici e funzionali¹⁷⁹.

Vieppiù, l'intervento pubblico da parte delle pubbliche amministrazioni che spesso hanno esercitato forti ingerenze sul piano economico e gestionale nell'attività delle partecipate, è stato considerato in dottrina elemento di contrasto alle logiche concorrenziali di mercato. Difficilmente le pubbliche amministrazioni avrebbero difatti permesso il

¹⁷⁷ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 maggio 2011, sent. n. 10068. La Gesip S.p.A., partecipata da Italia Lavoro S.p.A. e dal Comune di Palermo, svolgeva attività di custodia e di pulizia degli immobili del comune. A propria volta, la Italia Lavoro S.p.A. era partecipata dal Ministro del Lavoro e svolgeva compiti attinenti le politiche ed i servizi per l'impiego, affidando alla Gesip compiti e funzioni ad essi attinenti. La Corte, in virtù del carattere di società partecipata della Gesip e della natura dei servizi svolti, ha escluso che l'attività svolta fosse di tipo concorrenziale, statuendo invece che la società fosse stata istituita «per soddisfare esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale».

¹⁷⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 300/2003 e n. 301/2003; Cons. Stato, sez. atti normativi, sent. 4751/2002; TAR Lazio, sez. III, sent. n. 362/2004.

¹⁷⁹ Cfr. C. IAIONE, *op. cit.*, p. 251.

fallimento di società controllate, intese quali organismi di diritto pubblico¹⁸⁰.

3. I criteri di aggiudicazione dei contratti: profili di criticità

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è disciplinato all'art. 83 c.c.p., che elenca una serie di parametri da tenere in considerazione ai fini della selezione dell'offerta migliore.

Tra questi la norma individua il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali ed il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, e nei contratti di concessione anche la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello ed i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti¹⁸¹.

In ossequio a quanto stabilito in sede comunitaria, è necessario che nel bando siano previamente fissati i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione assegnata a ciascuno; qualora non sia possibile effettuare la ponderazione, le stazioni appaltanti hanno l'onere di indicare nel bando di gara e nel capitolato d'oneri, ovvero nel bando e nel

¹⁸⁰ Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, p. 285.

¹⁸¹ L'art. 83 c.c.p. ricalca quasi pedissequamente il dettato delle direttive. Se ne discosta tuttavia quanto all'ordine di elencazione dei parametri rilevanti ai fini della valutazione dell'offerta, che vede in pole position il prezzo, piuttosto che un elemento inerente le qualità della prestazione offerta. Ciò a conferma della tradizionale "devozione" del nostro legislatore nei confronti dell'aspetto economico dell'appalto, che rimane però l'unico campo in cui l'amministrazione aggiudicatrice non può esercitare il proprio potere discrezionale.

documento descrittivo per la procedura di dialogo competitivo, i criteri in ordine decrescente d'importanza¹⁸².

L'elaborazione del bando di gara costituisce una fase molto delicata, poiché la *lex specialis* può essere il frutto di patti corruttivi. L'inserimento di determinati requisiti, difatti, può determinare l'inclusione di alcune imprese e precludere la partecipazione ad altre. Trattasi dei cosiddetti bandi-fotocopia, così chiamati perché "cuciti" come un abito sulle caratteristiche di una determinata impresa, in quanto indicano specifiche caratteristiche talmente stringenti da determinare *a priori*, restringendola, la cerchia dei potenziali offerenti¹⁸³.

Sebbene, come in precedenza ribadito, l'amministrazione aggiudicatrice sia libera di scegliere o meno il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale via si presenta *ex lege* obbligata in due ipotesi specifiche, ovvero la stipula di contratti di concessione di opere pubbliche¹⁸⁴ e le procedure di *project financing*¹⁸⁵.

La *ratio* di tale imposizione risiederebbe nella circostanza che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di operare

¹⁸² Per ogni criterio di valutazione il codice prevede che siano fissati, qualora ciò si reputi necessario, dei sub-criteri e dei sub-punteggi. Nel caso in cui l'amministrazione non sia in grado di stabilirli da sé, nomina uno o più esperti con la determina a contrarre ed affida loro l'incarico di redigere criteri, pesi, punteggi e specificazioni da inserire successivamente nel bando di gara (art. 83, co.4).

¹⁸³ I bandi-fotocopia celano nella maggioranza dei casi un accordo illegale occulto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'impresa offerente, volto all'aggiudicazione dell'appalto per un importo fittizio eccessivamente elevato rispetto ai normali standard di aggiudicazione in condizioni di concorrenza leale. Altre ipotesi di relazioni collusive riguardano la previsione di termini di scadenza che ricadono in periodi festivi ovvero estivi, nonché l'inserimento di requisiti eccessivamente dettagliati o di termini troppo ravvicinati.

Così come rilevato nel Rapporto finale della Commissione ministeriale per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Roma, 22 ottobre 2012, in www.funzionepubblica.gov.it

¹⁸⁴ Art. 144, co. 1, c.c.p.

¹⁸⁵ Art. 153, co. 4, c.c.p.

una valutazione che supera la mera stima economico-matematica dell'offerta, e la integra con parametri attinenti alla sfera tecnica ed a quella qualitativa. Pertanto, quello di cui all'art. 83 c.c.p. si presta ad essere l'unico tra i due criteri a permettere una valutazione più attenta per i contratti di concessione di lavori pubblici che si suddividono in diverse fasi, quali la progettazione dell'opera, l'esecuzione, infine la gestione economica e funzionale della stessa.

I parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa hanno da sempre destato profonde preoccupazioni in seno a dottrina e giurisprudenza in virtù del richiamato potere discrezionale di cui gode l'amministrazione nella valutazione degli elementi che la costituiscono, e che sovente si è prestato a pratiche corruttive.

Orbene, all'elemento economico il legislatore nazionale affianca parametri ampiamente discrezionali, quali la qualità dell'offerta, ovvero il pregio tecnico e le caratteristiche estetiche e funzionali, che difficilmente sono valutabili secondo criteri prestabiliti o stime di natura matematica. E per tale ragione sono state oggetto di pratiche collusive tra le stazioni appaltanti ed alcune imprese offerenti che si sono viste aggiudicare appalti in virtù di requisiti difficilmente sindacabili in sede giudiziale.

Le previsioni aventi ad oggetto la pubblicità di tutti i requisiti, economici e non, sono volte a consentire e rafforzare il rispetto della parità di trattamento tra i concorrenti in sede di aggiudicazione. Le imprese difatti godono del diritto di essere informate circa i criteri e le modalità utilizzate dalla stazione appaltante ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero sulla ponderazione dalla stessa attribuita a ciascun criterio in tempi utili ai fini della preparazione dell'offerta.

L'ulteriore ed eventuale previsione di sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, al fine di evitare abusi di qualsiasi natura, deve essere opportunamente inserita nel bando di gara e non in un momento

successivo. Solo così possono dirsi rispettati i principi di trasparenza e *par condicio* tra i potenziali offerenti, i quali se informati in tempo avranno la possibilità di presentare offerte che abbiano maggiore inerenza a quanto richiesto nel bando¹⁸⁶.

A causa della vecchia formulazione dell'art. 83 c.c.p. si era diffusa una prassi che consentiva l'introduzione di criteri e sub-criteri di valutazione ulteriori rispetto a quelli previsti dal bando di gara, e dunque non conoscibili *ex ante* dai concorrenti. Era così autorizzata, anche da giurisprudenza costante, l'introduzione di criteri cruciali in un momento successivo, pratica che consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici di poter favorire determinate imprese amiche nell'aggiudicazione dell'appalto.

Il terzo decreto correttivo del codice, il d.lgs. n. 152/2008 ha modificato la precedente formulazione del comma 4, che così recita: *"Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara"*. I criteri e sub-criteri di valutazione devono pertanto essere specificati nel bando, e portati così a conoscenza dei possibili offerenti, a pena di illegittimità.

¹⁸⁶ Così come originariamente formulato, l'art. 83, co. 4, del Codice consentiva alla Commissione giudicatrice di fissare i criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta ai fini dell'attribuzione a ciascun criterio e sub-criterio del punteggio compreso tra il minimo ed il massimo fissato nel bando, nella fase antecedente all'apertura delle buste. La formulazione in esame lasciava adito alle più svariate interpretazioni circa il momento in cui la Commissione giudicatrice avrebbe potuto fissare i suddetti criteri, che ben poteva collocarsi anche nella fase successiva alla pubblicazione del bando. La prassi e la giurisprudenza consolidate, purtroppo, consentivano la possibilità di introdurli anche a seguito della pubblicazione, derogando al principio di trasparenza ed ostacolando la concorrenzialità nel mercato.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha precisato in diverse pronunce che qualora il bando di gara non contenga criteri o sub-criteri di valutazione che siano sufficientemente dettagliati, l'amministrazione aggiudicatrice non può semplicemente limitarsi ad attribuire i punteggi tramite meri voti numerici, ma ha l'onere di motivare espressamente le ragioni del giudizio svolto¹⁸⁷.

Non mancano tuttavia pronunce giurisprudenziali in senso contrario¹⁸⁸.

La Corte di Giustizia ha tenuto a precisare, in più sentenze, il dovere per gli Stati membri di predisporre legislazioni nazionali in rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento dei concorrenti sia nella fase di preparazione delle offerte, che in quella successiva di valutazione delle stesse da parte delle Commissioni giudicatrici. Una eventuale decisione che determini la modifica dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando ovvero nel capitolato d'oneri contrasterebbe pertanto con la normativa europea¹⁸⁹.

Alla medesima conclusione si giungerebbe nel caso in cui la decisione di aggiudicazione si fondasse su elementi nuovi, che se resi noti nel bando avrebbero potuto condizionare la preparazione delle offerte,

¹⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 6759/2005; Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 8410/2010.

¹⁸⁸ Così il TAR Piemonte, nella sent. n. 15/2012, ha statuito che in ossequio a quanto previsto in sede comunitaria non sarebbe da considerare illegittima la condotta di una commissione giudicatrice che in una gara d'appalto introduca ulteriori elementi di specificazione ed integrazione dei criteri di valutazione elencati nel bando ovvero nella lettera di invito purché l'integrazione avvenga nella fase antecedente all'apertura dei plichi contenenti le offerte. I termini "integrazione" e "specificazione" tuttavia appaiono eccessivamente generici, e facilmente si prestano ad essere fonte di abusi ed interpretazioni eccessivamente ampie anche in sede giurisdizionale.

¹⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. *Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab, c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, C-513/1999; Corte di Giustizia sent. *SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo*, C-19/00.

ovvero qualora gli elementi integrativi avessero valenza in qualche modo discriminatoria¹⁹⁰.

Altro profilo di criticità che caratterizza la fase di aggiudicazione di un appalto pubblico è rappresentato dalla discrezionalità sia tecnica che amministrativa di cui godono le amministrazioni aggiudicatrici nella scelta e nelle modalità di applicazione dei criteri di aggiudicazione.

Nonostante la prassi abbia da sempre dimostrato che l'eccesso di potere discrezionale sia direttamente proporzionale alla frequenza con cui si verificano pratiche corruttive, non si può omettere di rilevare che il legislatore abbia posto dei limiti allo stesso. L'inerenza dei criteri prescelti all'oggetto del contratto e la valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva rappresentano, difatti, dei vincoli per la discrezionalità della stazione appaltante nella selezione dei criteri.

Ulteriore argine al potere discrezionale deriva dall'ipotesi in cui sia richiesta la partecipazione dell'impresa concorrente al processo di ideazione del servizio, del prodotto o della fornitura, ai fini di incrementare il livello qualitativo del contratto. In questo caso l'amministrazione ha l'onere di selezionare l'offerta migliore ricorrendo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto l'unico a consentire una puntuale valutazione del contributo qualitativo apportato dall'impresa.

Si è pertanto ritenuto che quello di cui all'art. 83 del codice sia l'unico criterio applicabile per tutti quegli appalti aventi ad oggetto servizi di tipo tecnologico, che in ragione della loro complessità richiedono specifiche valutazioni di elementi qualitativi ed innovativi.

Le medesime osservazioni valgono per gli appalti di servizi di ingegneria ed architettura, ed infine per gli appalti aventi ad oggetto

¹⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sent. *ATI EAC S.r.l. e Viaggi di Maio Sne e altri c. ACTV Venezia S.p.A e altri*, Causa C-331/04.

servizi socio-sanitari ed educativi ¹⁹¹. Questi ultimi, difatti, in ragione delle peculiari caratteristiche e prestazioni offerte, legate alla promozione ed integrazione sociale e miranti ad arrecare beneficio a persone bisognose di intervento in ragione dell'età, della condizione familiare, personale o sociale, nonché in ragione della qualificazione del personale richiesto ai fini dell'espletamento dei servizi.

Di contro, per gli appalti di forniture vale la regola opposta. Ai fini della valutazione dell'offerta migliore, difatti, vige la presunzione secondo la quale il criterio di aggiudicazione più adeguato sia quello del prezzo più basso. Solamente nel caso in cui i beni abbiano caratteristiche tecnologiche peculiari tali da rendere quasi impossibile una valutazione comparatistica sulla base del solo coefficiente economico, è concesso alle stazioni appaltanti di ricorrere al criterio di cui all'art. 83, sempre in rispetto della *par condicio* e della concorrenza tra gli offerenti.

Tuttavia la sindacabilità nel merito della scelta della stazione appaltante non è compito sempre agevole e non rientrerebbe, secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali, tra i poteri del giudice amministrativo¹⁹².

Il Consiglio di Stato, in materia, con sentenza n. 148/2013 ha statuito che l'eventuale presenza di peculiari caratteristiche tecniche dell'appalto non esclude di per sé la possibilità per la stazione appaltante di poter utilizzare il criterio del massimo ribasso. Spiega il Consiglio che laddove il capitolato tecnico definisca in maniera precisa e puntuale le modalità di esecuzione del servizio, la stima dei quantitativi richiesti [...], l'apporto di qualsiasi contributo tecnico da parte dell'operatore economico sia da

¹⁹¹ In più pronunce l'AVCP ha sostenuto il medesimo orientamento, soffermandosi sull'indispensabilità della scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria ed architettura, in virtù delle caratteristiche specialità e complessità dei servizi ad oggetto. In tal senso, cfr. anche la determinazione n. 4, del 25 febbraio 2015, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

¹⁹² Cfr. sent. TAR Trentino Alto Adige, n. 207/2010.

escludersi, dovendosi esso adeguare a quanto richiesto dalla stazione appaltante. Pertanto, qualora le offerte presentate dalle imprese soddisfino tutti i requisiti richiesti, non sussistendo un interesse da parte della stazione appaltante alla valorizzazione di ulteriori aspetti qualitativi proponibili in astratto dai concorrenti ed essendo sufficiente il rispetto dei requisiti fissati nel capitolato d'oneri, allora il ricorso al criterio del prezzo più basso sarebbe legittimo ed appropriato.

L'amministrazione aggiudicatrice ha inoltre la facoltà di fissare una soglia di sbarramento, ovvero una soglia minima di punteggio, espressa con valore numerico determinato, che le offerte devono presentare relativamente a determinati criteri di valutazione stabiliti nel bando, e considerati fondamentali, affinché le imprese concorrenti possano partecipare alla gara. Suddetta soglia, fissata per i criteri qualitativi, rappresenta un potente strumento di selezione delle offerte soprattutto per gli appalti di servizi, che consente alla stazione appaltante di rigettarle qualora, seppur competitive sotto il profilo economico, non aderiscano agli standard qualitativi richiesti nel bando.

La fissazione di tale soglia, tuttavia, si presta agevolmente a generare pratiche corruttive. Il legislatore, difatti, lascia all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di determinare nel bando l'importo numerico della soglia, circostanza alla quale è spesso seguita la pratica di fissare determinati valori e criteri non obiettivi, accompagnati dall'utilizzo di formule eccessivamente vaghe, al solo scopo di limitare la concorrenza per favorire specifiche imprese.

Dichiarare illegittima la soglia è però compito arduo, che implica una valutazione minuziosa e certosina dell'intero processo logico-decisionale compiuto dalla stazione appaltante.

La complessità della valutazione che la stazione appaltante è chiamata ad effettuare e la presenza di innumerevoli voci alle quali viene attribuito un peso espresso in centesimi contribuiscono ad aumentare il

rischio che la gara bandita attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si converta in una vera e propria negoziazione privata in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'aggiudicatario.

È possibile accostare le osservazioni suesposte al tema della ponderazione dei criteri di valutazione prescelti dalla stazione appaltante. Anche in questo caso la scelta del peso da attribuire a ciascun criterio spetta all'amministrazione, che agisce seguendo una logica ampiamente discrezionale.

La previsione nel bando di gara del carattere ponderale attribuito a ciascun criterio ne consente la conoscenza a tutti i futuri concorrenti, affinché gli stessi possano presentare offerte adeguate alle peculiarità dell'appalto di cui la ponderazione è diretta espressione. La verifica dell'attinenza all'oggetto dell'appalto e dell'appropriatezza del carattere ponderale di ciascun criterio, tuttavia, ricadendo nella sfera di discrezionalità amministrativa della stazione appaltante, è alquanto limitata. La sindacabilità sul piano giurisdizionale, difatti, è circoscritta alle sole ipotesi di selezione manifestamente illogica o irragionevole¹⁹³.

Se da un lato l'*agere* della pubblica amministrazione è difficilmente censurabile, dall'altro la generosità del legislatore è giustificata da finalità di conservazione della gara, che sarebbe irrimediabilmente compromessa a seguito di una pronuncia che dichiarasse illegittimo l'uso di un criterio.

¹⁹³ La sindacabilità della discrezionalità amministrativa della stazione appaltante si riduce alle sole valutazioni illogiche, fondate su motivazioni insufficienti ovvero affette da errori di fatto anche relativamente alla eventuale qualificazione di un'offerta come anormalmente bassa. La stazione appaltante, difatti, seppur ricorrendo all'ausilio di criteri matematici, gode di un vastissimo potere discrezionale nell'accettazione o rigetto di un'offerta, sulla base della valutazione delle giustificazioni addotte dall'impresa concorrente. Il giudizio sulla congruità dell'offerta deve fondarsi su una valutazione complessiva, fondata sulla verifica globale della stessa che esclude un controllo sui singoli componenti, separatamente considerati e rende assai complesso un sindacato sull'operato della stazione appaltante.

Una normativa eccessivamente dettagliata aprirebbe, infatti, la strada ad innumerevoli censure, che piuttosto che fungere da strumento di lotta alle irregolarità ed al verificarsi di fenomeni corruttivi e collusivi tra amministrazioni ed imprese, potrebbero invece essere impropriamente utilizzate al fine di bloccare i lavori, e dunque rappresentare un ostacolo sia per la concorrenza che per l'economia del Paese, in generale.

Il legislatore italiano è pertanto chiamato ad effettuare una costante opera di bilanciamento di interessi: da un lato ha il dovere di tutelare la concorrenza nel mercato, dall'altro ha l'onere di scongiurare e limitare quanto più possibile gli episodi legati alla corruzione, che sovente sono connessi a vicende di criminalità organizzata.

4. Strumenti di prevenzione e contrasto alla corruzione nei *procurement* nell'ordinamento italiano: la legge n. 190/2012

La domanda pubblica di lavori, beni e servizi costituisce strumento volto a soddisfare esigenze legate sia alla politica fiscale, concernenti la stabilizzazione del ciclo economico, che alla politica economica, miranti al raggiungimento di obiettivi quali lo sviluppo economico del Paese nel *long run*.

Il fenomeno della corruzione nel settore dei *public procurement* investe, innegabilmente, soprattutto il profilo economico. È indubbio, difatti, che il forte legame esistente tra pubblico e privato e gli interessi finanziari in gioco rendano quello degli appalti pubblici un settore particolarmente esposto al manifestarsi di episodi corruttivi, che irrimediabilmente si riverberano sul mercato, ed influenzano i meccanismi concorrenziali.

Gli appalti pubblici costituiscono terreno fertile per la nascita e lo sviluppo di vicende corruttive, che si manifestano tramite condizionamenti ed ostacoli al normale svolgimento delle gare pubbliche da parte di individui singolarmente intesi ed organizzazioni criminali. Il gioco della concorrenza ne risulta irrimediabilmente compromesso, e nella maggior parte dei casi porta all'aggiudicazione del contratto ad imprese che non ne avrebbero i requisiti in condizioni di concorrenza perfetta.

La corruzione dunque porta al pagamento di un prezzo superiore a quello minimo prestabilito, ovvero all'esclusione indebita di altre imprese concorrenti, infine all'esecuzione dell'appalto a condizioni diverse ed a prestazioni qualitative inferiori. *Rebus sic stantibus*, la selezione del contraente privato costituirebbe il prodotto di un accordo illecito, del tutto avulso dal sistema legale di regole di parità di trattamento, concorrenzialità e merito, che rispondono ai principi cardine della normativa in commento.

La normativa nazionale in materia di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi e della criminalità organizzata è stata per lungo tempo di matrice squisitamente penalistica. Rara eccezione costituiva l'attività che la Corte dei Conti esercitava in materia di controllo dell'*agere* delle p.a. e di giudizio sulla responsabilità amministrativa, in relazione ad atti e comportamenti corruttivi¹⁹⁴.

¹⁹⁴ La legislazione nazionale in materia si è in passato distinta per i continui interventi normativi che si sono stratificati nel tempo, dando vita ad un sistema disomogeneo e non organico. Tra questi un punto di svolta è stato segnato dalla legge Rognoni-La Torre (l. n. 646/1982), che ha introdotto la disciplina sulla certificazione antimafia nel settore dei contratti pubblici, affidando la competenza al rilascio della documentazione alla Prefettura della circoscrizione in cui l'appalto si perfeziona. La legge vanta altresì il merito di costituire il primo concreto strumento di carattere normativo finalizzato ad ostacolare l'impiego dei proventi economici derivanti da attività criminali, e ad attaccare le risultanze patrimoniali attraverso misure di prevenzione patrimoniali quali sequestro e confisca. Nel settore degli appalti, in particolare, individua nuove fattispecie di reato, quali la gestione ed il controllo, da parte imprese legate al malaffare, di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici

Da un'attenta analisi della legislazione di settore emerge con chiarezza l'abnorme stratificazione normativa che si è susseguita negli anni, che ha dato vita ad un sistema ipertrofico di regole che paralizza ed imbriglia un mercato che, per sua natura, è invece dinamico¹⁹⁵.

Inevitabile conseguenza dell'iperregolazione è la inarrestabile macchina processuale che si mette in moto a seguito dei numerosi ricorsi aventi ad oggetto le procedure di affidamento e quelle di esecuzione delle opere pubbliche. I frequenti ed eccessivi contenziosi che ne conseguono, difatti, costituiscono un freno sia alla realizzazione delle opere pubbliche che agli interventi dell'amministrazione, che si rallentano sino a divenire inefficienti.

L'intervento legislativo, forse il più significativo in ordine cronologico, che ha conferito il giusto peso al contrasto della corruzione sul piano del diritto amministrativo è stata la legge 6 novembre 2012, n. 190, c.d. legge Severino, che ha contribuito a regolare in maniera puntuale i legami esistenti tra il diritto amministrativo ed i fenomeni corruttivi, intervenendo sia sul piano della prevenzione che su quello della repressione.

Da una prima lettura della legge in esame emerge con chiarezza l'attenzione che il legislatore ha rivolto agli strumenti preventivi di natura amministrativa, dedicando loro una disciplina più corposa ed articolata rispetto alle misure di repressione penale degli illeciti. Le sanzioni penali, difatti, sono concepite quali misure di ultima istanza, alle quali ricorrere solamente nel caso di fallimento di tutti gli altri strumenti di prevenzione, ovvero quale legittimo corollario degli stessi¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Così R. TREPTE, *Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, 2004, p. 392 e ss.

¹⁹⁶ Sul tema cfr. M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 60.

L'impostazione della legge in esame, sebbene innovativa sul piano squisitamente interno, risponde ad esigenze già da tempo acclamate nello scenario internazionale di adozione di politiche anticorruzione efficaci anche sotto il profilo della tutela in sede amministrativa, oltre che penale.

L'impianto normativo della l. n. 190/2012 ricalca fedelmente l'orientamento della Convenzione contro la corruzione della Nazioni Unite firmata a Merida nel 2003, che disciplina una vasta gamma di interventi di natura amministrativa, quali la previsione di codici di condotta per i pubblici ufficiali, di procedure trasparenti per l'aggiudicazione e la stipula di appalti pubblici e la relativa gestione finanziaria, di regolamentazioni specifiche in materia di pubblicità, trasparenza ed accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni, al fine di rendere noti i processi decisionali ed in generale i meccanismi di funzionamento¹⁹⁷.

Emerge così una nozione di corruzione di connotazione squisitamente amministrativistica, che ricomprende condotte anche penalmente non rilevanti, o non suscettibili di attivare meccanismi sanzionatori, ma in grado di sfociare in situazioni e contesti di illegittimità (si pensi all'occupazione di cariche pubbliche, all'assenteismo, ai conflitti di interessi, al clientelismo) ed illegalità che, in quanto tali, l'ordinamento giuridico mira a contrastare.

L'anticorruzione è assurta pertanto a fulcro dell'intero sistema amministrativo, ad obiettivo primario del nostro legislatore, a strumento indispensabile al fine di risollevare le sorti di un'economia di mercato che attraversa un oramai prolungato periodo di recessione.

Ed all'interno dello scenario normativo di lotta alla corruzione la l. n. 190/2012 ha rappresentato un punto di svolta cruciale. La legge Severino, difatti, non si limita ad inserirsi tra le politiche volte a porre un freno al

¹⁹⁷ Per una più attenta disamina della Convenzione si rimanda al capitolo I del presente lavoro.

diffondersi del malcostume nella p.a., bensì costituisce un tassello decisivo di un nuovo apparato normativo fondato su politiche di prevenzione e repressione della corruzione che siano efficaci ed efficienti.

Alla l. n. 190/2012 sono seguiti altri interventi normativi volti a porre un argine al dilagare del fenomeno corruttivo, quali il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, il d. lgs. 8 aprile 2013, n. 39, il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), che hanno dato vita ad un sistema anticorruzione molto articolato.

I protagonisti di tale struttura organizzativa sono, a vari livelli, il Comitato interministeriale, il Dipartimento della funzione pubblica e l'Autorità Nazionale Anticorruzione, responsabili a vario titolo della prevenzione della corruzione¹⁹⁸.

Affinché le politiche in materia di anticorruzione conducano a risultati concreti, il legislatore ha ritenuto opportuno agire rafforzando i meccanismi di tutela della trasparenza, la quale negli ultimi anni ha assunto un nuovo volto all'interno dell'ordinamento¹⁹⁹. Il principio di trasparenza (così come disciplinato dal d. lgs. n. 33/2013), difatti, supera la mera accezione di fondamento giuridico del diritto di accesso del cittadino alle informazioni sull'organizzazione e sull'attività delle pubbliche amministrazioni, per ricoprire un nuovo ruolo, una nuova veste e divenire strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.

La corruzione in Italia presenta molteplici sfaccettature: può essere definita un fenomeno complesso, multiforme ed eterogeneo che tuttavia

¹⁹⁸ Per un'attenta disamina concernente la pianificazione per la prevenzione della corruzione, cfr. N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, p. 522 e ss.

¹⁹⁹ I nuovi poteri di cui gode l'ANAC non sono altro che una conseguenza necessaria e naturale di una serie di misure legislative espressione di una maturata sensibilità e consapevolezza, da parte del legislatore nazionale, circa il forte legame esistente tra il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità e la prevenzione del fenomeno corruttivo.

possiede il carattere della serialità, in quanto segue schemi e logiche che si ripetono.

Affinché possano essere predisposte adeguate misure di contrasto è necessario pertanto guardare al fenomeno corruttivo cambiando prospettiva, ed elaborando strategie di controllo e repressione che tengano conto della complessità delle forme in cui esso si manifesta. La corruzione, difatti, non si risolve in una mera vicenda, in un episodio isolato, ma è piuttosto frutto di attitudini ed orientamenti consolidati che per essere sradicati abbisognano di provvedimenti strutturali di respiro globale.

Uno degli strumenti in grado di poterla contrastare è, si è già detto, il rafforzamento della tutela della trasparenza delle operazioni nel settore dei contratti pubblici. E proprio il principio di trasparenza diviene sia mezzo di prevenzione che mezzo di contrasto, affinché in un lungo periodo di crisi economica, come quello che il nostro Paese si trova ad affrontare, l'utilizzo delle risorse pubbliche risponda ai canoni di correttezza ed efficienza di gestione.

Per assicurare efficienza e regolarità delle operazioni contrattuali nel settore dei *public procurement*, si rende necessaria la predisposizione di misure di carattere preventivo che disciplinino puntualmente l'intera struttura organizzativa della p.a., l'attività posta in essere dai funzionari pubblici e la regolarità delle relative cariche ricoperte, nonché le singole fasi in cui si snoda il procedimento di aggiudicazione dei contratti pubblici²⁰⁰. Nel sistema prospettato la trasparenza assurge a sinonimo di

²⁰⁰ Anche il concetto di prevenzione assume un'accezione diversa, a seguito dell'emanazione della legge anticorruzione n. 190/2012. La prevenzione da un lato è un fine perseguito dal legislatore attraverso la predisposizione di norme sulla trasparenza, di puntuali prescrizioni nel settore degli appalti, di regole di condotta. Dall'altro è l'attività stessa, posta in essere ai fini del contrasto del fenomeno, comprendente dunque l'individuazione dei rischi che seguono al manifestarsi di episodi corruttivi, delle misure e dei rimedi necessari volti ad arginarlo, il controllo sull'attività e sulla corretta applicazione delle norme.

Per una disamina approfondita della concezione dualistica della prevenzione, si veda G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in

ricerca dell'imparzialità, della concorrenzialità, della *par condicio* tra i concorrenti, che diventano parti di un "gioco" in cui i criteri di aggiudicazione sono fissati in precedenza e volti alla tutela del pubblico interesse²⁰¹.

La deviazione della gara verso i confini dell'illegalità prende le mosse nella fase iniziale del procedimento, quella in cui vengono definiti gli interessi in gioco ed i fabbisogni rilevanti. L'introduzione di criteri di natura ambientale e sociale, in ossequio alle politiche di derivazione europea, se da un lato risponde a finalità lodevoli sul piano etico, dall'altro potrebbe rivelarsi espediente per favorire alcune imprese nella fase di aggiudicazione. La valutazione degli elementi sociali ed ambientali, difatti, risponde a logiche che si allontanano dal criterio di economicità dell'offerta, rendendo in tal modo necessaria la predisposizione, in questa fase, di verifiche e controlli più stringenti, miranti ad eliminare ed a scongiurare episodi corruttivi. Per tale ragione i livelli di trasparenza richiesti si innalzano.

La corruzione consiste in un abuso di posizione dominante in un rapporto di fiducia, volto ad ottenere dallo stesso un indebito vantaggio. È stata in dottrina definita una relazione collusiva, che comprende sia la condotta del funzionario pubblico che abusa della propria posizione, che quella dell'operatore economico che si premura di fornire l'indebito vantaggio. Tale relazione è sovente riscontrabile in alte percentuali nei

B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 72 e ss.

²⁰¹ L'obbligo di trasparenza non è circoscritto alla fase di aggiudicazione, ma si estende anche alla fase di esecuzione del contratto pubblico, affinché quanto garantito in fase di aggiudicazione trovi tutela effettiva anche durante le procedure di esecuzione. Solo così potrà dirsi assicurato il gioco della concorrenza, che verrebbe irrimediabilmente compromesso qualora in sede di esecuzione si apportassero modifiche sostanziali al contratto, tali da avvantaggiare indebitamente l'aggiudicatario. In tema, cfr. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 329.

procedimenti di aggiudicazione di un appalto pubblico, macchina in grado di consentire la circolazione di ingenti, ed appetibili, capitali²⁰².

Nella predisposizione delle varie normative anticorruzione il legislatore ha tuttavia guardato allo scenario italiano con occhio miope. Aniché tener conto dello stretto legame esistente tra politica ed amministrazione, e delle profonde connessioni spesso di matrice corruttiva tra queste esistenti, ha preferito intervenire sul piano squisitamente amministrativo, agendo sull' errata certezza dell'esistenza di una netta separazione tra il versante politico e quello amministrativo.

Gli interventi in materia di anticorruzione, difatti, sono tuttora rivolti a correggere quasi esclusivamente le storture della fase gestionale, di competenza degli organi amministrativi, sull' infondata convinzione che le pratiche corruttive interessino esclusivamente l'attività espressione del potere della pubblica amministrazione, ed escludendo a priori che tali episodi possano verificarsi altresì nella fase di indirizzo e di controllo, affidata agli organi politici²⁰³.

La legge n. 190, difatti, nonostante vanti il merito di aver esteso l'applicazione del principio di trasparenza al settore degli appalti pubblici, ha tuttavia omesso *in toto* di includere tra le pratiche corruttive le condotte di chi sul versante politico agisce nell'esercizio di pubbliche funzioni per scopi personali e privati.

²⁰² Cfr. M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi di carattere preventivo*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013*, Milan, 2014, p. 99.

²⁰³ Per un'attenta disamina del principio di distinzione tra politica ed amministrazione, cfr. M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. CASSESE, Bologna, 1976; F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Democrazia e amministrazione*, a cura di G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN, Milano, 1992, p. 23 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. MERLONI, L. VANDELLI, Firenze, 2010, p. 99 e ss.

Trasparenza e pubblicità consentono oltre che un' effettiva concorrenza tra gli operatori economici, la possibilità di verificare se vi sia o meno coerenza tra la scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione prescelti per la tutela del pubblico interesse.

A tal uopo, l'art. 1, comma 32, ha sancito l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di pubblicare nei propri siti web istituzionali una serie di dati, quali l'indicazione della struttura proponente, l' oggetto del bando, l' elenco degli operatori economici, il soggetto aggiudicatario e l' importo della relativa aggiudicazione, l' importo delle somme liquidate dall'amministrazione. La norma ha inoltre stabilito l'onere per le amministrazioni aggiudicatrici di trasmettere tutte le informazioni in formato digitale all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (adesso ANAC) , la quale le pubblica nel proprio sito web che è liberamente consultabile da parte dei cittadini.

Al fine di conferire sostanziale efficacia alle disposizioni suesposte, il legislatore ha altresì predisposto un regime sanzionatorio, che si attiva in caso di violazione degli oneri prescritti²⁰⁴.

²⁰⁴ Qualora le amministrazioni aggiudicatrici non ottemperino, in totale o in parte, all'onere di trasmissione, l'Autorità invia entro il 30 aprile di ogni anno un' elenco delle amministrazioni inadempienti alla Corte dei Conti, costituendo tale omissione violazione degli standard qualitativi ed economici ex art. 1, comma 2, D. l. 198/2009.

5. Patti di integrità e protocolli di legalità alla luce dei recenti interventi normativi.

Gli ingenti flussi che caratterizzano la macchina organizzativa degli appalti pubblici (specie quando questa assume grandi dimensioni in quanto, ad esempio, inserita nel contesto di realizzazione di un grande evento) hanno costituito un campanello d'allarme a causa dei frequenti episodi di corruzione e di infiltrazioni del crimine organizzato, che della stessa sono stati inscindibile corollario.

Al fine di limitare e contrastare l'insorgenza di fenomeni di corruzione il legislatore italiano, per opera del Ministro dell'Interno, del Ministro della Giustizia e del Ministro delle Infrastrutture e trasporti, ed in attuazione del disposto dell' art. 15, ultimo co., del d. lgs. n. 190/2002, ha istituito con decreto interministeriale del 14 marzo 2003 il Comitato di Coordinamento per l'Alta sorveglianza delle Grandi Opere (CCASGO).

Il Comitato rappresenta un' asse portante del sistema delle misure di prevenzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa, ed opera tramite l'elaborazione di linee-guida, lo svolgimento di funzioni di coordinamento, di indirizzo, di impulso e di monitoraggio di infrastrutture ed insediamenti industriali nel settore delle Grandi Opere²⁰⁵.

In rispetto delle previsioni contenute nelle linee-guida del CCASGO, il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) ha

²⁰⁵ Le competenze del CCASGO sono state ampliate a partire dal 2009, a seguito dell' emanazione di tre decreti legge disciplinanti, rispettivamente, la ricostruzione in Abruzzo (d. l. n. 39/2009), l'evento Expo Milano 2015 (d. l. n. 135/2009), il Piano straordinario carceri (d. l. n. 195/2009). In tale contesto il CCASGO ha emanato linee-guida recanti indirizzi che le prefetture, di concerto con i Gruppi interforze, avrebbero dovuto seguire nella conduzione delle indagini sull'accertamento dell'esistenza di infiltrazioni mafiose nella realizzazione delle opere.

definito i contenuti dei Protocolli di legalità, che consistono in un nucleo ristretto e tipizzato di previsioni di carattere necessario ed inderogabile²⁰⁶.

Adottati dalle Prefetture, in ossequio alle disposizioni del Ministero dell'Interno, i Protocolli hanno lo scopo di agevolare la trasmissione di informazioni antimafia tra le amministrazioni pubbliche anche laddove non sussistano vincoli normativi, così favorendo e rafforzando gli obblighi reciproci di collaborazione e cooperazione tra le stesse esistenti.

Trattasi di veri e propri strumenti di valutazione della condotta delle imprese aggiudicatrici ai fini della partecipazione alle successive procedure ristrette, che possono contenere delle clausole contrattuali in grado di ampliare la platea di soggetti cui si applicano, estendendo gli obblighi in essi sanciti anche ad eventuali subcontraenti. Gli stessi inoltre prevedono l'inserimento di obblighi di tracciabilità di flussi finanziari e di denuncia per gli operatori economici di eventuali tentativi di estorsione²⁰⁷.

I Protocolli possono inoltre vincolare al rispetto di obblighi ulteriori, che prescindono da quelli sanciti dalla legge, quali l' inserimento di specifiche clausole che vincolano le imprese concorrenti alla gara a

²⁰⁶ I Protocolli di legalità sono stati introdotti dal Codice dei Contratti, all' art. 176, co.3, lett. e), ed adottati dalle Prefetture di concerto con i contraenti generali, secondo le prescrizioni del Ministero dell'Interno contenute nella circolare del 23 giugno del 2010, finalizzata a rafforzare gli obblighi di cooperazione tra le pubbliche amministrazioni.

Sul tema cfr. G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 130 e ss.

²⁰⁷ I Protocolli di legalità possono prevedere una clausola risolutiva espressa per le violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari, che si traducono in veri e propri obblighi per le amministrazioni aggiudicatrici, così come previsto dall'art. 3, co. 8 della legge 13 agosto 2010, n. 136, cd. *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*.

L'art. 3, co. 8, prevede, difatti, che "La stazione appaltante, nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1, inserisce, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale essi assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge. L'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente che ha la notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria di cui al presente articolo ne dà immediata comunicazione alla stazione appaltante, alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente".

cooperare per il contrasto di fenomeni corruttivi ed infiltrazioni mafiose. Tali clausole costituiscono veri e propri oneri contrattuali che si affiancano ai normali *standard* di correttezza delle operazioni, ed al cui mancato rispetto fa seguito l'applicazione di meccanismi sanzionatori, tra i quali si annovera l'esclusione del concorrente dalla gara²⁰⁸.

Nonostante i Protocolli di legalità siano stati introdotti dal legislatore ai fini del contrasto della criminalità organizzata, tuttavia quelli stilati in occasione di grandi eventi sovente hanno avuto natura derogatoria sia rispetto alla legislazione nazionale che alla disciplina antimafia²⁰⁹.

Il protocollo per l'Expo siglato nel 2012 dalla Prefettura di Milano con la Expo S.p.A., ad esempio, ha attribuito al Prefetto una competenza esclusiva in merito all'esercizio delle attività di verifica e controllo, ed anche la facoltà di emanare l'informativa antimafia in relazione a tutte le imprese partecipanti alle gare d'appalto, indipendentemente dal territorio in cui le stesse avessero sede legale, in ciò derogando al criterio di competenza territoriale delle Prefetture.

In ossequio alla legge n. 190, il Protocollo per l'Expo aveva previsto specifici meccanismi di caducazione dal contratto in caso di violazione degli obblighi prescritti, disciplinati in apposite clausole. La storia recente del c.d. "Scandalo Expo 2015" ci ha tuttavia dimostrato come l'intero impianto normativo all'uopo predisposto non si sia comunque rivelato idoneo a prevenire l'insorgenza di fenomeni corruttivi e di infiltrazioni da parte di organizzazioni criminali.

²⁰⁸ È opportuno precisare che la sanzione opera solamente se previamente inserita nei documenti di gara, quali gli avvisi, il bando, la lettera di invito. Suddetta novità, introdotta dalla l. 190/2012, art. 1., co. 17, ha in qualche modo apparentemente derogato, ampliandole, alle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, co. 1-bis, del codice appalti. La previsione della clausola risolutiva espressa, in realtà, costituisce in potenza un utile strumento di riduzione del contenzioso amministrativo.

²⁰⁹ Cfr. J. BUGGEA, *Corruzione e grandi eventi*, in *Il diritto dell'economia*, Approfondimenti, n. 2/2015.

I Protocolli di legalità, se da un lato possono fungere da strumento di contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata, in quanto costituiscono integrazione della buona fede precontrattuale richiesta alle imprese concorrenti, tramite l'inserimento di obblighi di comportamento ultronei, dall'altro possono rivelarsi un espediente che le stazioni appaltanti utilizzano per richiedere requisiti di partecipazione eccessivamente stringenti, e ridurre così il novero dei partecipanti per favorire un'impresa amica²¹⁰.

La l. n. 136/2010, ad esempio, ha individuato nella tracciabilità dei flussi finanziari e nell'impiego di conti correnti dedicati due importanti strumenti di prevenzione della criminalità organizzata, nella misura in cui consentono di individuare eventuali infiltrazioni negli appalti pubblici tramite un sistema di controllo che crei un senso di responsabilizzazione attraverso la predisposizione di appositi indicatori di anomalie e distorsioni della concorrenza. In più pronunce la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è tuttavia espressa nel senso di limitare il ricorso all'utilizzo di tali criteri di partecipazione, nel rispetto del divieto di non aggravamento e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità²¹¹.

A fianco dei Protocolli di legalità, il legislatore ha introdotto un ulteriore strumento di prevenzione delle infiltrazioni mafiose, i c.d. patti d'integrità. Trattasi di accordi tra la stazione appaltante e gli operatori economici, stipulati in linea con il contenuto dei Protocolli di legalità, ed attraverso i quali le parti assumono impegni reciproci per garantire che le

²¹⁰ Tra gli oneri contrattuali attualmente previsti nei Protocolli ad oggi esistenti rientrano gli obblighi di denuncia di eventuali tentativi richieste indebite di denaro, di comunicazione della totalità di imprese coinvolte nell'appalto e nell'eventuale subappalto di parte dell'esecuzione dei lavori, la previsione di penali in caso di stipula del contratto nelle more dell'acquisizione di un'informativa interdittiva.

²¹¹ Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 13 marzo 2007, n. 1231.

operazioni contrattuali si svolgano secondo i canoni di integrità e correttezza²¹².

Alla violazione degli oneri prescritti nel patto d'integrità possono seguire per l'operatore economico inadempiente, qualora espressamente indicato, non solamente l'obbligo di risarcire il danno e l'automatica esclusione dalla gara, ma anche il divieto di partecipare a successive gare d'appalto per un determinato lasso di tempo²¹³.

Gli obblighi previsti all'interno dei patti hanno natura reciproca e vincolano sia la stazione appaltante che l'impresa privata durante ciascuna fase di realizzazione ed esecuzione del contratto, allo scopo di garantire che le operazioni si svolgano in rispetto dei principi di integrità, correttezza, trasparenza, pubblicità e concorrenza, in modo tale da scongiurare il verificarsi di infiltrazioni mafiose e più in generale di episodi corruttivi e collusivi.

I pubblici funzionari hanno l'obbligo di dichiarare di astenersi dall'accettazione (ovvero dalla richiesta) di qualsiasi promessa o dazione di denaro in vista di possibili agevolazioni nell'aggiudicazione di un contratto, e le imprese concorrenti quello di dichiarare di esimersi dal concedere in subappalto lavori e prestazioni d'opera e di non avere legami

²¹² I patti di integrità consistono in un complesso di condizioni, di clausole e di requisiti necessari la cui approvazione è condizione necessaria per un operatore economico che intenda partecipare alle procedure selettive di gara. La stipula dell'accordo da parte dell'impresa concorrente diviene sinonimo di accettazione di tutte le prescrizioni contenute nel bando di gara, pertanto un'eventuale inadempienza determina l'operare di meccanismi sanzionatori, quali l'esclusione dalla gara, ovvero la risoluzione stessa del contratto (nel caso in cui lo stesso sia già in fase di esecuzione).

²¹³ I patti d'integrità sono un utile strumento di tutela della concorrenza nel mercato, della correttezza e della trasparenza delle operazioni nel settore degli appalti pubblici, nella misura in cui promuovono ed incentivano il rispetto di obblighi di condotta affinché le procedure di gara si svolgano in ossequio al principio di legalità.

di alcun genere con altre imprese concorrenti, al fine di evitare eventuali meccanismi di distorsione e restrizione della concorrenza²¹⁴.

Occorre tuttavia sottolineare come il corretto bilanciamento tra l'esigenza di legalità ed il divieto di aggravamento non sia compito sempre agevole, mancando dei criteri predefiniti che consentano di valutare correttamente il rapporto di proporzionalità che intercorre tra le istanze di concorrenzialità e legalità ed i principi di proporzionalità e ragionevolezza, ovvero del divieto di aggravio procedurale²¹⁵.

Ulteriori perplessità sono sorte in merito all'ampio potere discrezionale di cui godono le p.a. nella scelta di avvalersi o meno di un patto d'integrità e nella definizione dei relativi contenuti, ovvero circa la legittimità costituzionale dell'utilizzo di uno strumento pattizio per l'imposizione di obblighi di collaborazione tra parti di un contratto.

Altri dubbi sorgono in relazione alla previsione della caducazione del contratto a seguito di violazione di clausole previste nel patto d'integrità. I nodi problematici concernono soprattutto le conseguenze che dalla stessa derivano. Conseguenze che ricadono non solo sull'attività svolta, compromettendola irrimediabilmente e determinando inevitabili sprechi di denaro pubblico, oltreché di risorse ed energia lavoro impiegate per l'esecuzione dell'opera, ma anche e soprattutto sulla realizzazione della stessa, che rischierebbe di non essere portata a compimento, arrecando un danno alla collettività intera.

²¹⁴ A sancire degli obblighi di condotta e di etica professionale è già la nostra Carta costituzionale, che all'art. 54, co. 2, fissa un onere in capo ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche, che hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore.

²¹⁵ F. SAITTA, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. Trim. App.*, fasc. n. 2/2014, p. 438 ss.

6. Le *white list*: strumento di prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici

In risposta alle esigenze di razionalizzazione, armonizzazione e revisione in materia di lotta alla corruzione ed alla criminalità organizzata è stato emanato il d. lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia.

Il codice, allo scopo di limitare l'incidenza del fenomeno ed operando un consistente lavoro di unificazione, ha approntato una serie di misure ascrivibili principalmente al piano della prevenzione²¹⁶.

In particolare, nel settore dei *procurement*, al fine di arginare l'influenza esercitata dalla corruzione nelle procedure di scelta del contraente ed in risposta ad acclamate esigenze di semplificazione, la l. n. 106/2011, art. 4, lett. g, ha previsto l'istituzione presso ogni Prefettura di un elenco di fornitori di beni, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa: le *white list*²¹⁷.

Gli operatori economici che ivi risultano iscritti sono di diritto abilitati a contrarre con una pubblica amministrazione, in quanto

²¹⁶ F. DECAROLIS, C. GIORGIANTONIO, *Concorrenza e specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici*, in *Merc. conc. reg.*, Bologna, n. 1/2014, 25 e ss.

²¹⁷ La l. n. 106/2011 ha convertito con modificazioni il d. l. n. 70/2011 (c.d. decreto sviluppo) ed apportato variazioni al Codice dei Contratti (d. lgs. 163/2006) allo scopo di introdurre meccanismi di semplificazione e controllo delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici concernenti la realizzazione di opere in settori strategici.

Lo strumento delle *white list* è stato introdotto per la prima volta nella disciplina della costruzione di grandi opere e dell'organizzazione di grandi eventi. Indicativi sono, al riguardo, il d. l. n. 39/2009 (convertito con modificazioni dalla l. 24 giugno 2009, n. 77) emanato in occasione della ricostruzione in Abruzzo successiva al sisma dell'aprile dello stesso anno; il d. l. 135/2009 (convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166) concernente la regolazione della disciplina in materia di infiltrazioni mafiose collegate all'evento EXPO Milano 2015; il d. l. 195/2009 (convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 26) emanato al fine di dare attuazione al Piano Straordinario carceri; infine il d. l. n. 74/2012 (convertito con modificazioni dalla l. 1 agosto 2012, n. 122) per i lavori di ricostruzione delle zone colpite dal sisma in Emilia Romagna, Veneto e Lombardia.

l'iscrizione viene disposta previa acquisizione dell'informativa antimafia liberatoria²¹⁸.

I decreti legge n. 39/2009 e n. 135/2009 hanno sancito il carattere volontario dell'iscrizione nelle *white list*, il cui presupposto è un' apposita richiesta da parte delle imprese interessate all'aggiudicazione dell'appalto. L'iscrizione tuttavia non è automatica, in quanto effettuata dal Prefetto solo a seguito di accurati accertamenti circa l'insussistenza di situazioni dalle quali possa evincersi l'esistenza di tentativi di infiltrazione da parte del crimine organizzato²¹⁹.

La *ratio* della disciplina è in linea con le istanze di efficienza, legalità e concorrenza che il legislatore intende perseguire nel settore degli appalti pubblici. L'iscrizione in *white list* costituisce infatti un' attestazione di assenza di vincoli con la criminalità organizzata, ed è pertanto efficace strumento di semplificazione amministrativa in materia di documentazione antimafia.

La disciplina originaria dell'istituto ha subito varie modifiche a seguito dei numerosi interventi legislativi susseguitisi negli anni, tra i quali rientra la l. n. 190/2012, che ha apportato notevoli innovazioni. L'art. 1, co. 53, ad esempio, ha sancito l'istituzione di *white list* presso ogni Prefettura per particolari attività considerate maggiormente a rischio di

²¹⁸ Le imprese hanno un obbligo di comunicazione alla prefettura di qualsiasi variazione degli assetti proprietari o di gestione, ovvero degli incarichi dei direttori tecnici, che ha come conseguenza la sospensione per un termine di trenta giorni dalla permanenza di iscrizione in elenco. La normativa nulla dispone circa l'evenienza in cui il Prefetto non riesca a portare a termine le indagini entro il termine prescritto e non emetta un provvedimento. Ferma restando la possibilità per lo stesso di proseguire con i necessari accertamenti anche dopo la scadenza del termine (e se del caso predisporre la cancellazione), si ritiene che il silenzio normativo vada interpretato nel senso di una conferma della virtuosità dell'impresa, che pertanto continua a permanere nell'elenco.

²¹⁹ Le cause ostative all'iscrizione erano disciplinate all'art. 10, comma 7, d.P.R. n. 252/1998, la cui impostazione è stata mantenuta dal d. lgs. 159/2011 che ne ha però notevolmente ampliato lo spettro. Oltre a provvedere all'iscrizione, l'autorità prefettizia svolge un compito di verifica periodica circa la persistenza dei requisiti necessari, disponendo l'eventuale cancellazione dalla *white list* in caso di esito negativo delle indagini.

infiltrazioni mafiose che si trovano a valle della fase di aggiudicazione degli appalti di opere pubbliche²²⁰.

Le imprese ivi iscritte sono esentate dall'onere di documentare, per la durata della permanenza in elenco, il non invischiamento con la criminalità organizzata, in quanto è la stessa iscrizione a far fede sullo *status*, avendo analoga valenza giuridica dell'informazione antimafia liberatoria di cui all'art. 84, comma 3, del codice antimafia²²¹. Tuttavia il Prefetto ha l'onere di accertare periodicamente l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa che possano influenzare le politiche d'impresa²²².

Tra le situazioni indizianti si annoverano i mutamenti degli assetti proprietari e gestionali volti ad eludere la normativa sulla documentazione antimafia; la violazione reiterata degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari; la sussistenza di provvedimenti cautelari, di rinvio a giudizio o di condanna per i reati di cui agli artt. 353 e 353 *bis* c.p.²²³.

²²⁰ Le attività considerate particolarmente a rischio dal legislatore sono il trasporto di materiali a discarica per conto terzi; il trasporto anche transfrontaliero e lo smaltimento di rifiuti per conto di terzi; l'estrazione, la fornitura e il trasporto di terra e di materiali inerti; il confezionamento, la fornitura e il trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; la fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi, guardiania dei cantieri.

²²¹ La verifica della sussistenza dei requisiti necessari all'iscrizione in una *white list* avviene ogni dodici mesi ad opera del prefetto, che nel termine di quindici giorni anteriori alla scadenza ha il compito di accertare l'assenza delle situazioni indizianti infiltrazioni mafiose, l'interesse dell'operatore economico a permanere in elenco, nonché il rispetto degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. In caso contrario ne dispone la cancellazione. In dottrina cfr. L. FERTITTA, *La nuova normativa sulla documentazione antimafia*, in *Riv. Trim. App.*, n. 3/2013, 694 e ss; E. BORBONE, *White list: quadro attuale e possibili sviluppi*, in www.altalex.com, 2012.

²²² Cfr. A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GIAMBACURTA, *Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 221 e ss.

²²³ Tra le situazioni indizianti dalle quali è possibile desumere tentativi elusivi della normativa antimafia si elencano il trasferimento della proprietà dell'impresa ad un prezzo che si discosti eccessivamente dal valore di mercato; la insufficienza del reddito dichiarato dal soggetto acquirente per il trasferimento di proprietà; l'anomalia delle modalità temporali della compravendita (si pensi al caso in cui il trasferimento di

La normativa che introduce le *white list* come strumento di contrasto delle infiltrazioni mafiose attribuisce ampi poteri valutativi di tipo discrezionale al Prefetto, chiamato ad effettuare controlli dai quali desumere forme di collusione con il circuito mafioso quali la violazione dell'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari²²⁴.

La possibilità di tenere sotto controllo le fonti di provenienza dei finanziamenti nonché la destinazione degli utili di impresa, difatti, costituisce utile ed efficace strumento ai fini della verifica dell'esistenza di un effettivo legame tra l'impresa stessa e la criminalità organizzata. Ciò in quanto consente di scongiurare l'impiego di utili derivanti dall'esercizio di attività delittuose nel mercato ovvero l'ingresso nello stesso di imprese colluse con la mafia.

Tuttavia la legge nulla dispone circa le modalità di svolgimento delle indagini di verifica, e della relativa pubblicità, ragion per cui tale "lacuna normativa" è stata colmata nella prassi dalla consuetudine di mantenerne assoluto riserbo circa l'attività di acquisizione dei dati ed i parametri di valutazione degli elementi acquisiti²²⁵.

proprietà avvenga a seguito dell'applicazione di una misura di prevenzione nei confronti di uno dei soci).

²²⁴ L'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari costituisce un importante strumento di tutela della trasparenza nelle operazioni contrattuali, la violazione della quale può ben essere valutata dal prefetto quale manifestazione dell'intento da parte dell'impresa di voler celare la reale destinazione del flusso di denaro derivante dalla conclusione del contratto, e perciò stesso costituire oggetto di valutazione ai fini dell'informativa antimafia interdittiva. In proposito cfr. R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2013, 896.

²²⁵ Il Prefetto può avvalersi dello strumento delle audizioni personali, effettuare accessi e disporre accertamenti nei cantieri dei lavori pubblici al fine di verificare l'esistenza di legami effettivi tra i lavoratori e le attrezzature utilizzate in impresa e la stazione appaltante; e di escludere pertanto che i dipendenti ovvero i macchinari impiegati siano da ricollegarsi ad imprese ulteriori, in qualche modo invischiate con il circuito mafioso.

Qualora dall'esito delle indagini prefettizie²²⁶ non risultino situazioni ostative, viene emanato un provvedimento che dispone l'iscrizione dell'impresa nella *white list* della Prefettura della provincia in cui la stessa ha sede legale.

La valutazione discrezionale prefettizia inerente i controlli sugli operatori economici si estende agli eventuali rapporti di parentela con persone condannate per reati di stampo mafioso. Previsione che apparentemente è in contrasto col il principio che sancisce una responsabilità sia penale che amministrativa di tipo personale²²⁷.

Al fine di stabilire l'esistenza di legami anche indiretti tra i soci di un'impresa ed il crimine organizzato, il Prefetto ha l'onere di tener in considerazione il contesto familiare, territoriale, ambientale ed anche sociologico nel quale si insinua il fenomeno mafioso. Sovente, difatti, accade che l'esercizio di una determinata attività d'impresa rimanga sulla soglia della liceità, almeno in apparenza; circostanza che appesantisce ulteriormente il già difficile compito dell'autorità nell'accertamento dell'influenza dell'elemento criminale in attività economiche che si presentano formalmente coerenti con l'ordine legale.

²²⁶ Dalla lettura delle disposizioni che regolano l'accesso ai cantieri, si evince una maggiore attenzione da parte del legislatore verso una più accurata analisi del corretto svolgimento dell'attività imprenditoriale (che può desumersi dalla verifica di provenienza e destinazione dei flussi di denaro, per addurre un esempio), dall'esercizio della quale le organizzazioni criminali potrebbero trarre profitto. Tuttavia la prassi è quella di prediligere verifiche incentrate sull'analisi dell'elemento soggettivo, basato sull'esistenza di relazioni di tipo personale ovvero ambientale tra i soggetti in grado di determinare le politiche d'impresa ed il crimine organizzato.

²²⁷ Il Consiglio di Stato si è in più pronunce espresso nel senso dell'insufficienza del mero legame di parentela ai fini della formulazione di un'informativa antimafia di tipo interdittivo, sancendo la necessità che rilevino ulteriori elementi che, benché meramente indiziari, lascino emergere con certo grado di obiettività un legame, seppur indiretto, con il crimine organizzato.

Cons. St., Sez. III, sent. n. 4691, 4 agosto 2011 e sent. n. 5130, 14 settembre, 2011 in *Arch. Giur. oo. pp.*, 2011, I; TAR Calabria, sent. n. 158, 2 marzo 2011, *Cit.*; Cfr. in dottrina P. CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, n. 2/2012, 137 e ss.

Una delle ragioni, questa, per le quali è attribuito al Prefetto un margine discrezionale valutativo così ampio circa la verifica della sussistenza di infiltrazioni mafiose, ed il cui potere risulta altresì difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale, a meno che non si tratti di giudizio affetto da eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, travisamento dei fatti, carenza di motivazione²²⁸.

Autorevole dottrina ha tuttavia sollevato dubbi riguardo la legittimità costituzionale della normativa che conferisce sì ampia discrezionalità al Prefetto nel desumere tentativi di infiltrazioni mafiose durante la fase di accertamento ²²⁹.

L' espressione "tentativi di infiltrazione mafiosa", inoltre, appare affetta da eccessiva genericità, in quanto accomuna situazioni tra loro estremamente divergenti: è possibile, difatti che il tentativo non abbia successo e rimanga tale ovvero che si perfezioni dando luogo ad una effettiva infiltrazione.

Nel caso in cui le indagini abbiano esito negativo, l'esclusione della iscrizione in *white list* ovvero l'emanazione di un' informativa interdittiva producono effetti che incidono sulla dignità ed onorabilità dell'individuo, nonché sul suo diritto di libertà di iniziativa economica e si ripercuotono altresì sul mercato, falsando le regole di concorrenza²³⁰. Trattasi di

²²⁸ L. FERTITTA, *op.cit.*

²²⁹ Se per un verso, difatti, il legislatore mira a contrastare l'insorgenza di fenomeni legati alla criminalità organizzata, per un altro si fa garante e promotore della libertà di iniziativa economica delle imprese operanti sul mercato, intesa questa come valore costituzionalmente garantito ed intimamente connesso al rispetto della dignità umana. Valore che risulterebbe irrimediabilmente compresso a seguito di una valutazione negativa (ovvero dell'emissione di una informativa interdittiva) che si riveli poi priva di fondamento.

Cfr. F.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it, 2013.

²³⁰ La mancata iscrizione in *white list* ovvero l'applicazione di una misura interdittiva determinano conseguenze negative in capo alla stazione appaltante, la quale nella prima ipotesi effettuerebbe le operazioni di gara con un numero ridotto di operatori economici concorrenti, mentre nella seconda si ritroverebbe dinnanzi al recesso

conseguenze che assumono notevole rilievo sia sul piano giuridico che sul versante economico, in quanto un'impresa rischia di vedersi esclusa dal mercato anche qualora un'organizzazione criminale tenti, senza successo, di infiltrarsi nelle politiche aziendali al fine di influenzarle²³¹.

Il rischio è quello di cagionare danni ad imprese che non siano effettivamente colluse con il crimine organizzato, così violando la *ratio* della disciplina in esame, la quale è volta altresì ad evitare che i proventi di attività criminali e delittuose facciano ingresso nel mercato²³². Rientra difatti, come più volte accennato, tra i poteri discrezionali del Prefetto non solamente la possibilità di desumere dagli elementi di indagine l'esistenza di una infiltrazione, ma altresì la valutazione circa l'effettiva influenza che suddetta infiltrazione possa esercitare all'interno delle politiche di impresa.

Espressione questa dell'attuale persistenza del carattere di misura di polizia dell'attività del Prefetto, capace di incidere (comprimendoli) su diritti e principi fondanti la nostra Costituzione e posti a tutela dell'individuo e della capacità di autodeterminazione dello stesso, quali quelli di onorabilità, di dignità e di libertà di iniziativa economica. Le esigenze di ordine e legalità, difatti, non possono assurgere a causa di giustificazione di compressioni, scarsamente ponderate, dei diritti degli operatori economici sul mercato.

Lo stesso strumento con il quale si concludono le indagini prefettizie, un atto di natura amministrativa, in virtù dell'idoneità ad incidere su diritti fondamentali e dell'individuo e dell'impresa (di cui all'art. 3 Cost.),

dell'aggiudicazione ovvero la risoluzione del contratto. Inevitabili ripercussioni negative si produrrebbero altresì sul piano della realizzazione dell'opera pubblica (ovvero della prestazione dei servizi o ancora della fornitura dei prodotti) e dunque, indirettamente, nei confronti dell'interesse pubblico a che la stessa giunga a compimento.

²³¹ Una volta emanata un'informativa interdittiva, difatti, l'impresa destinataria non potrà usufruire dell'iscrizione in una *white list*, vedrà revocate le eventuali aggiudicazioni e, nel caso in cui il contratto sia in fase di esecuzione, subirà il recesso da parte della stazione appaltante.

²³² In tal senso la Corte Cost., sent. n. 510, 20 novembre 2000.

si rivela poco appropriato. Se da un lato, difatti, la legge mira a salvaguardare istanze di celerità, dall'altro dovrebbe rafforzare l'aspetto di valutazione delle risultanze delle indagini, affidandolo magari ad un organo collegiale, che sia in grado di analizzare in maniera più accurata e bilanciata i vari interessi in gioco.

Così come disciplinato, il procedimento viola altresì i principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost., nonché quelli di ragionevolezza e parità di trattamento, non permettendo una corretta opera di analisi e bilanciamento da parte delle stazioni appaltanti tra l'esigenza di portare a compimento un'opera e le istanze di legalità.

La legge anticorruzione n. 190/2012 all'art. 1, comma 53, ha riaffermato la necessità dell'istituzione presso ogni singola Prefettura di elenchi di imprese virtuose in settori che siano particolarmente a rischio. Ciò in rispetto dei principi di trasparenza, correttezza, tutela della concorrenza nel mercato sanciti dal diritto europeo, posti a tutela e garanzia della più ampia partecipazione degli operatori economici alle gare d'appalto, affinché siano estromesse solamente quelle imprese che risultino colluse con il crimine organizzato.

Allo scopo di rafforzare le basi normative sulle quali poggia il sistema delle *white list*, il legislatore interno ha ritenuto opportuno intervenire al fine di conferire maggiore effettività agli elenchi che costituiscono strumenti innovativi ai fini della prevenzione della corruzione e della semplificazione amministrativa.

Il d. l. n. 90/2014 ha dato soluzione ad alcuni nodi problematici sorti negli anni in merito alla facoltatività dell'iscrizione, sancendone definitivamente l'obbligatorietà all'art. 29. Ai fini della stipulazione di contratti con la p. a., ovvero di subcontratti, la nuova normativa sancisce per tutte le categorie di soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 159/2011, ed in relazione alle attività di cui all'art. 1, co 53, della l. n.

190/2012, il previo ed obbligatorio accertamento dell'avvenuta iscrizione in *white list*.

Queste ultime assurgono pertanto a strumento di semplificazione per eccellenza, essendo le imprese ivi iscritte esonerate, almeno per la durata di dodici mesi, dal dover adempiere agli oneri di comunicazione ed informazione antimafia (queste ultime assumendosi per date una volta che l'impresa sia stata iscritta in elenco) e ferma restando la possibilità di cancellazione ad opera del prefetto nel caso in cui i relativi controlli abbiano esito negativo²³³.

Ulteriore innovazione in materia apportata dalla cit. l. n. 114/2014 riguarda la eliminazione del requisito concernente la soglia di importo di 150.000 euro (così come stabilito nel codice antimafia) del valore dell'appalto al fine della esclusione dall'obbligo di iscrizione, e ciò allo scopo di evitare il formarsi di un probabile territorio franco in cui la disciplina non operasse²³⁴.

Originariamente, la reale utilità di tali liste, quali strumento di semplificazione, era stata messa in dubbio, in considerazione della eventuale iscrizione di un'impresa in più liste, di ognuna delle quali era necessario verificare il possesso dei requisiti ai fini della permanenza.

Tali perplessità risultano oggi superate. Il d. l. 90/2014, all'art. 29, comma 1, prevede che l'iscrizione di un'impresa in una *white list* è valida

²³³ Il legislatore, in sostanza, ha confermato quanto già disposto nel d. l. 74/2012 per la ricostruzione post sisma in Emilia Romagna, il quale in contrasto con la legislazione precedente che lasciava alla discrezionalità delle imprese operanti nei settori a rischio la possibilità di iscriversi presso le *white list* in prefettura, l'aveva di fatto resa obbligatoria.

²³⁴ Già la disciplina concernente i protocolli di legalità aveva eliminato la distinzione tra contratti basantesi su un determinato valore economico degli stessi, per le imprese operanti in settori maggiormente a rischio di infiltrazioni mafiose. Tramite i protocolli suddetti, in particolare, gli operatori economici aggiudicatari si impegnano a mantenere degli standard molto elevati di legalità e correttezza, tramite l'apposizione di clausole che integrano i documenti di gara.

In proposito B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 130 e ss.

ai fini della certificazione antimafia non solamente per l'attività per la quale è stata effettuata, ma anche ai fini della stipula di contratti e subcontratti concernenti differenti attività. Con un duplice ordine di conseguenze: l'alleggerimento dell'attività di indagine del Prefetto, non avendo questi l'onere per almeno dodici mesi di dover verificare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa per le imprese iscritte in elenco; un consistente snellimento dell'attività delle amministrazioni²³⁵.

Può pertanto sostenersi che le *white list* costituiscano rilevante strumento di sgravio procedimentale e di prevenzione della corruzione, di cui è diretta conseguenza una maggiore garanzia di tutela della correttezza delle operazioni di affidamento²³⁶.

7. I recenti interventi normativi di contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata

L'approccio normativo seguito dal legislatore europeo nel 2014 è stato, come anticipato nel precedente capitolo, quello di ampliare da un lato la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, rafforzando dall'altro il regime di responsabilità in cui le stesse incorrono a seguito delle scelte effettuate.

²³⁵ Alla stazione appaltante che decida di addivenire ad un contratto con un operatore economico basterà infatti consultare le *white list* istituite presso la competente prefettura per avere la certezza della estraneità delle imprese ivi iscritte al circuito mafioso.

²³⁶ Cfr. F.G. SCOCA, op. cit., il quale definisce le *white list* quali risultato della rinnovata linea di tendenza del legislatore che è quella di "anticipare, rispetto alla stipulazione dei contratti (ed anche rispetto alla ammissione alle gare di appalto), la verifica della immunità delle imprese da infiltrazioni mafiose".

Le ripercussioni più rilevanti di tale scelta incideranno in maniera significativa soprattutto all'interno degli ordinamenti giuridici che, come il nostro, si distinguono per un' eccessiva regolamentazione della materia.

Il Codice dei contratti, difatti, è stato il primo passo di un' elaborata stratificazione normativa che ha contraddistinto il settore degli appalti pubblici in Italia, e che è stata principalmente volta a disciplinare, in maniera quanto più possibile dettagliata, ogni aspetto del procedimento di aggiudicazione del contratto, ai fini di ridurre i margini di discrezionalità amministrativa e così le ipotesi di corruzione.²³⁷

Il legislatore italiano ha da sempre ritenuto che una regolamentazione puntuale ed il più possibile analitica (che si è soltanto tradotta in una iper-regolamentazione) fosse lo strumento più adatto per prevenire e contrastare il diffondersi del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato.

I dati empirici e gli scandali che hanno travolto la nostra storia recente, quali lo scandalo Expo di Milano 2015, lo scandalo Mose di Venezia, infine il caso denominato "Mafia capitale" sono tutti esempi, eclatanti, di come una iper-regolamentazione di sistema non sia di per sé sufficiente a scongiurare il verificarsi di episodi illegali nei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici.

L' approccio normativo seguito dal nostro legislatore si è rivelato inappropriato ed inadeguato ad affrontare le storture di sistema ed ha altresì contribuito alla crescita smisurata del contenzioso amministrativo per atti di corruzione consumatisi nell'ambito delle procedure di affidamento, lasciando invariata la percentuale di reati di corruzione anche dopo l'emanazione del Codice dei contratti.

²³⁷ Cfr. F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, n. 11/2015.

Le procedure di affidamento sono state disciplinate da norme così dettagliate da risultare costantemente trasgredite anche a seguito di errori o violazioni banali che in una buona percentuale di casi non attenevano all'aspetto sostanziale della procedura di affidamento, ma erano semplice prodotto dell'eccessivo formalismo di cui pecca l'intero assetto normativo di settore.

Le direttive del 2014 si muovono invece sull'opposto versante, quello della semplificazione amministrativa e dell'efficienza di sistema, puntando all'ampliamento della discrezionalità delle stazioni appaltanti. Affinché tali obiettivi possano dirsi raggiunti occorre che la normativa di recepimento segua la medesima linea del legislatore europeo, e non si risolva nell'ennesimo strato normativo che si somma all'attuale e poco efficiente ginepraio di norme.

Occorre un sistema di recepimento che sia quanto più snello possibile, che risponda alle istanze di trasparenza e semplificazione amministrativa e riduca pertanto i livelli di regolazione attualmente esistenti. Le direttive appalti e la loro attuazione costituiscono per il legislatore italiano un'importante occasione di cambio rotta, ai fini del perseguimento delle istanze europee di tutela della concorrenza e trasparenza delle operazioni²³⁸.

Della rinnovata esigenza di snellimento delle procedure fa esplicita menzione la l. n. 234/2012, contenente norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla realizzazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea, che all'art. 32, lett. c), statuisce che "gli atti di recepimento delle direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse [...]".

²³⁸ Per una disamina più approfondita sul tema cfr. F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008.

Alle istanze di semplificazione e di snellimento della normativa è necessario che si accompagni un potenziamento delle funzioni di controllo e di regolazione dell' Autorità di vigilanza, che svolge un importante ruolo di guida e di sostegno per le amministrazioni aggiudicatrici²³⁹.

Sia in sede comunitaria che in sede nazionale, difatti, appare indispensabile che l'aumento del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici sia controbilanciato da un rafforzamento dei controlli e del ruolo dell' Autorità di vigilanza a ciò preposta.

Con d. l. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, in linea con le politiche di contenimento della spesa pubblica, l' Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è stata soppressa. I compiti e le funzioni dell' *Authority* sono stati così attribuiti all' ANAC, che ha visto rafforzati i propri poteri di vigilanza ed ampliati gli strumenti di prevenzione e contrasto alla corruzione di cui disponeva.

Le nuove funzioni che il legislatore ha inteso attribuire all' ANAC si sposano perfettamente con la logica di rafforzamento dei principi di trasparenza e pubblicità, che assurgono a veri e propri strumenti di prevenzione e contrasto della corruzione.

All' *Authority* sono state attribuite funzioni che prima appartenevano al Dipartimento della funzione pubblica, tra le quali si ascrivono il rispetto dei codici di comportamento, la definizione di modelli e standard di dati ed informazioni attraverso modalità che consentano una gestione informatizzata degli stessi, il coordinamento delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione elaborate a livello nazionale ed internazionale,

²³⁹ La direttiva 2014/24/UE sancisce l'obbligo per gli Stati membri di provvedere a che siano resi disponibili orientamenti ed informazioni volti alla corretta interpretazione ed applicazione del diritto dell'UE in tema di *procurement*, affinché le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici possano ricevere adeguata assistenza. È altresì previsto che debba esser fornito sostegno alle stesse in materia di pianificazione e conduzione delle procedure di appalto (art. 83).

la definizione di criteri di rotazione dei dirigenti in settori particolarmente a rischio²⁴⁰.

Nell'ottica di rafforzamento dei poteri dell'ANAC in materia di lotta alla corruzione è stata predisposta un' apposita disciplina che consente ai dipendenti pubblici, c.d. *whistleblowers*, che sono a conoscenza di eventuali commissioni di illeciti ovvero di semplici irregolarità all'interno di un rapporto di lavoro con una p.a. di inviare apposite segnalazioni all'Autorità giudiziaria, alla Corte dei Conti ed infine all'Autorità nazionale anticorruzione²⁴¹.

I compiti dell'ANAC sono stati ulteriormente ampliati tramite la previsione della facoltà per la stessa di incamerare le somme di denaro percepite a seguito di pagamento delle sanzioni comminate, a titolo di autofinanziamento delle attività istituzionali²⁴².

²⁴⁰ Cfr. J. BUGGEA, *Corruzione e grandi eventi*, in *Il diritto dell'economia*, Approfondimenti, n. 2/2015.

²⁴¹ Al fine di incentivare i dipendenti pubblici ad effettuare segnalazioni e comunicazioni all'Autorità senza temere eventuali ritorsioni, quali trattamenti discriminatori sino all'ipotesi di licenziamento, la l. n. 190/2012 ha introdotto al comma 51 dell'art 1 una specifica disciplina che tutela il *whistleblower*. La novità introdotta dalla legge n. 190 concerne l'estensione dell'obbligo di denuncia anche alle condotte illecite che non integrano fattispecie di reato. La formulazione "condotte illecite" è talmente ampia da ricomprendere numerose fattispecie, quali le violazioni di norme in materia ambientale o di sicurezza sul lavoro, le irregolarità contabili, financo alle violazioni contrattuali tali da rientrare nel concetto di fatto illecito. Al dipendente che effettua segnalazioni è riconosciuto il diritto all'anonimato, oltre che la possibilità di denunciare l'adozione di misure discriminatorie all'Autorità anticorruzione.

Per una disamina più dettagliata della disciplina, si veda R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54 bis del d. lgs. n. 165/2001*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit, 243 e ss.

²⁴² Il d. l. 90/2014 ha ampliato notevolmente le funzioni dell'ANAC, che allo stato attuale:

- approva il piano nazionale anticorruzione;
- effettua analisi e controlli miranti all'individuazione delle cause della corruzione e predispone adeguate misure al fine di contrastarli;
- svolge importanti funzioni di vigilanza e controllo sul rispetto della normativa in materia di trasparenza e sulla effettiva applicazione e relativa efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni;

La riforma del 2014 ha coinvolto anche il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, che ha visto accresciuti i propri poteri in relazione all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture in occasione dell'evento Expo Milano 2015²⁴³.

Per fare un esempio, l'art. 30 del d.l. 90/2014 ha conferito al Presidente dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e trasparenza delle operazioni, che lo stesso ha esercitato in posizione e funzione monocratica, avvalendosi di un' Unità operativa speciale²⁴⁴.

In occasione del verificarsi di situazioni "anomale", inoltre, l'art. 32 del d.l. 90 ha attribuito al Presidente un ruolo inquisitorio, conferendo allo stesso, in presenza di fatti "gravi ed accertati" la facoltà di proporre al Prefetto, previa informazione del Procuratore della Repubblica, di ordinare la rinnovazione degli organi sociali ovvero di provvedere

-
- è chiamata a pronunciare pareri rivolti ad organi dello Stato e pubbliche amministrazioni in merito alla conformità alla legge, ai codici di comportamento, ai contratti individuali e collettivi, di atti e condotte posti in essere da pubblici funzionari;
 - collabora con autorità ed organi stranieri, nazionali ed internazionali, che svolgono le medesime funzioni;
 - commina sanzioni pecuniarie il cui importo varia da un minimo di 1.000 euro ad un massimo di 10.000 euro nelle ipotesi di omessa adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei codici di condotta, ovvero dei programmi triennali di trasparenza;
 - esprime pareri relativi ad autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte di dirigenti amministrativi di enti pubblici nazionali e dello Stato;
 - presenta una relazione annuale al Parlamento sulle politiche di contrasto alla corruzione adottate dalla pubblica amministrazione, sulla valutazione circa l'efficacia della normativa vigente e l'elencazione delle criticità che affliggono il settore dell'affidamento di lavori pubblici.

²⁴³ Il Presidente dell' ANAC, nello specifico, ha partecipato alle riunioni della sezione specializzata del CCASGO presieduta dal Prefetto di Milano, ha esercitato una funzione di controllo preventivo di legittimità degli atti relativi a procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, infine svolto verifiche circa il rispetto delle norme poste a tutela della trasparenza e delle prescrizioni contenute nei protocolli di legalità stilati tra la Prefettura di Milano e la Expo S.p.A.

²⁴⁴ Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in www.giustamm.it, 2014.

direttamente alla gestione straordinaria e temporanea dell'impresa sino alla completa esecuzione dell'appalto²⁴⁵.

L'eccessiva genericità del dettato normativo in esame ha suscitato non poche perplessità, in merito alla presenza di "rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali" che giustifichino la gestione straordinaria di un' impresa. Da un lato la gestione straordinaria di un' impresa è, sotto il profilo sostanziale, utile strumento di contrasto alla corruzione, nella misura in cui determina un ampliamento dei poteri del Pretto e del Presidente dell'Autorità.

Dall'altro, la formulazione eccessivamente ampia, nella misura in cui conferisce un abnorme potere discrezionale in capo all' ANAC, potrebbe prestarsi a mezzo di elusione del principio di tassatività, in quanto in grado di produrre significativi effetti afflittivi e per l'impresa oggetto della misura e per la collettività in generale, qualora l'applicazione della stessa determini il mancato compimento dell'opera.

La scelta di sopprimere l'Avcp e di trasferirne le funzioni all' ANAC non ha ricevuto unanime approvazione in dottrina. La soluzione adottata dal legislatore, difatti, in risposta ad esigenze di contenimento della spesa pubblica, avrebbe costituito un aggravio per l'attività dell' Autorità anticorruzione, che si è ritrovata a svolgere il compito di garante per eccellenza della normativa anticorruzione, ed infine causato l'arresto di un delicato processo di perfezionamento dell'azione di vigilanza e controllo ai fini della prevenzione dei fenomeni corruttivi in momento storico molto delicato quale quello di recepimento delle direttive appalti del 2014²⁴⁶.

²⁴⁵ Cfr. F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2014.

²⁴⁶ Cfr. F. MARTINES, *op.cit.*, p. 7. L'autore sottolinea come la funzione dell'Avcp non si esaurisse nell'attività di vigilanza e di controllo finalizzate a prevenire fenomeni corruttivi ed infiltrazioni del crimine organizzato. La stessa svolgeva difatti un ruolo cruciale di sostegno ed assistenza alle parti del contratto, in ossequio alle istanze europee di efficienza del mercato, del rispetto dei meccanismi concorrenziali, del principio di

8. Prospettive di riforma alla luce del pacchetto direttive appalti del 2014: la delega al Governo per l'attuazione

La legislazione nazionale attualmente vigente in tema di appalti pubblici è destinata a subire profondi mutamenti in virtù del recepimento delle direttive europee del 2014. Mutamenti che condurranno all'abrogazione dell'attuale codice dei contratti che dovrà essere definitivamente sostituito dal nuovo, recante la denominazione "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", entro il 18 aprile 2016²⁴⁷.

L'iter normativo che condurrà al recepimento delle direttive non è, allo stato dell'arte, giunto a compimento²⁴⁸. Ci limiteremo pertanto ad analizzare il testo della legge delega²⁴⁹, che ha ad oggetto il recepimento delle direttive europee sugli appalti pubblici e le concessioni 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE.

trasparenza, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento così come disciplinati dal TfUE e dalla direttiva 2014/24/UE.

²⁴⁷ Nel dettaglio, il Governo è stato delegato ad adottare un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive entro il 18 aprile 2016. Entro il 31 luglio 2016 dovrà essere emanato un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in tema di appalti pubblici, «ferma restando la facoltà per il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 un unico decreto legislativo [...]».

²⁴⁸ Il Senato ha approvato il testo della legge delega, poi modificato dalla Camera dei deputati il 17 novembre 2015, che contiene i principi e i criteri direttivi per l'emanazione del decreto legislativo attuativo. Il disegno di legge n. S. 1678-B, contenente deleghe al Governo, è stato presentato in data 18 novembre 2014, con relazione tecnica, analisi tecnico-normativa (ATN) e analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ed assegnato alla 8ª Commissione permanente (Lavori pubblici, comunicazioni) in sede referente il 20 novembre 2015. L'esame della Commissione si è concluso in data 10 dicembre 2015.

²⁴⁹ Dal titolo "*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*".

Tra le previsioni contenute nella legge delega rientra la predisposizione di un sistema amministrativo di natura premiale, sotto la direzione dell' ANAC, per le denunce che abbiano ad oggetto eventuali tentativi di estorsione e di corruzione da parte di imprese operanti nel settore degli appalti pubblici. Al regime di premialità se ne affianca uno di natura sanzionatoria, operante nei casi di omessa o tardiva denuncia all' ANAC.

In ossequio ai principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, così come sanciti dal legislatore europeo, gli appalti pubblici verranno aggiudicati secondo il criterio dell' offerta economicamente più vantaggiosa. Ai fini della valutazione dell'offerta le amministrazioni aggiudicatrici terranno conto di criteri oggettivi, che consentano di effettuare una stima del rapporto qualità/prezzo e del costo del ciclo della vita, così come previsto in sede europea.

La scelta dei criteri (che ricomprendono gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all' oggetto dell'appalto), delle caratteristiche tecniche e delle soglie di importo oltre le quali opera la disciplina europea di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ed infine delle modalità di individuazione e di valutazione delle offerte anomale sarà effettuata nel rispetto dei principi suesposti e conformemente agli *standard* europei²⁵⁰.

Adeguate standard di pubblicità e trasparenza dovranno essere assicurati anche per i contratti di appalto il cui valore economico non superi la soglia comunitaria. A tal uopo le stazioni appaltanti dovranno invitare almeno cinque operatori economici, ove esistenti, a presentare le offerte e garantire un' effettiva rotazione degli affidamenti, livelli minimi di concorrenzialità e parità di trattamento tra i concorrenti.

²⁵⁰ Cfr. art. 1, lett. ff, ddl n. 1678-B.

Sarà favorito l'ingresso nel mercato di piccole e medie imprese, attraverso la garanzia di piena accessibilità, visibilità e trasparenza delle procedure di gara e la promozione della digitalizzazione delle stesse.

Tra le misure di revisione della disciplina di pubblicità degli avvisi e dei bandi, si annovera la pubblicazione presso l' ANAC di una piattaforma digitale all'interno della quale saranno inseriti tutti i bandi di gara.

All' *Authority* saranno inoltre attribuite più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo, di impulso e semplificazione degli scambi di informazioni tra le amministrazioni aggiudicatrici.

Le stazioni appaltanti avranno altresì l'onere di comunicare all' ANAC eventuali variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria. Variazioni che dovranno essere debitamente motivate e giustificate da condizioni impreviste ed imprevedibili.

Al fine di evitare eventuali conflitti d' interessi poi, è prevista l'istituzione presso l'ANAC di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e di contratti di concessione. La disciplina generale per la tenuta dell' albo sarà adottata dall' Autorità stessa con apposita determinazione, con la quale saranno fissati altresì i criteri di aggiornamento.

All' ANAC è inoltre attribuito il compito di revisionare il sistema di qualificazione degli operatori economici, affinché lo stesso sia regolato da logiche e criteri di omogeneità e trasparenza. Tra le misure volte a conferire maggiore efficienza al sistema si annovera la predisposizione di appositi meccanismi di verifica sia formale che sostanziale delle relative capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, delle risorse umane ed organiche dell'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite.

Saranno inoltre approntati meccanismi premiali per gli operatori economici, disciplinati dall'ANAC con apposita determinazione, e basati su parametri oggettivi, fissati a seguito di accertamenti definitivi circa il rispetto di costi e tempi di esecuzione dei contratti, ovvero della normativa in materia di *rating* di legalità.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Univesrdidad de Alcalà, 2011.

AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI, Milano, 2005.

AKPINARLI N., *The fragility of the "failed State" paradigm: a different international law perception of the absence of effective government*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2012.

AMATO G., Prefazione, in *I tre assi*, a cura di G. AMATO, R. GAROFOLI, Nel Diritto editore, Roma, 2009.

ARAGIUSTO M., *Dinamiche e regole della concorrenza*, CEDAM, 2006.

ARROWSMITH S., *Government Procurement Agreement in WTO*, in *Kluwer Law International*, 2003.

ARROWSMITH S., *Government Procurement in the WTO*, The Hague, 2003.

BENACCHIO G. A., COZZIO M., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Egea Editore, 2012.

BENVENUTI F., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Democrazia e amministrazione*, MARONGIU G., DE MARTIN G.C. (a cura di), Milano, 1992.

BORBONE E., *White list: quadro attuale e possibili sviluppi*, in www.altalex.com, 2012.

BORLINI L., *La lotta alla corruzione internazionale: le Convenzioni dell' OCSE e delle NU, il caso Enelpower, la "Tangentopoli" irachena*, in *Comunità intern.*, 2005.

BUGGEA J., *Corruzione e grandi eventi*, in *Il diritto dell'economia*, *Approfondimenti*, n. 2/2015.

BUGGEA J. *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, n. 3/2014.

CANTONE R., *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2013.

CANTONE R., *La tutela del whistleblower: l'art. 54 bis del d. lgs. n. 165/2001*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*.

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino, 2012.

CARBONE P., *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, n. 2/2012.

CAROLI CASAVOLA H., *L'internazionalizzazione della disciplina dei contatti delle pubbliche amministrazioni*, in CASSESE S., CONTICELLI M. (a cura di) *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2006.

CAROLI CASAVOLA H., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012.

CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

CARTEI G.F., *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008.

CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995.

CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2005.

CASSESE S., *Quando gli ordinamenti giuridici si scontrano. Dal dialogo alla cooperazione tra le corti*, 2008, in www.irpa.eu

CAVALLO PERIN R., RACCA G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010.

CERULLI IRELLI V., *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. MERLONI, L. VANDELLI, Firenze, 2010.

CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, n.1/1999.

CHITI E., FRANCHINI C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999.

CISTERNA A.(a cura di), *La tracciabilità dei pagamenti*, Rimini, 2011.

CISTERNA A., DE SIMONE M.V., FRATTASI B., GIAMBACURTA S., *Codice antimafia*, Santarcangelo di Romagna.

CLARICH M., MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

CLERICO G., *Analisi economica del contratto*, Milano, Giuffrè, 2008.

COLANGELO R., *Spend Management and Procurement management*, Franco Angeli, Milano, 2005;

DAVIS K.E, *Self-Interest and Altruism in the Deterrence of Transnational Bribery*, in *Am. Law Econ. Rev.*, 2/2002.

DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, 2007.

DE NICTOLIS R., *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, EPC Libri, 2012.

DE TOQUEVILLE A., *Scritti politici*, UTET, Novara, 2013.

DEBEVOISE W., YUKINS C., *Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines*, in *The government Contractor*, 2010, vol. 52, n. 21.

DECAROLIS F., GIORGIANTONIO C., *Concorrenza e specificità territoriali negli appalti di lavori pubblici*, in *Merc. conc. reg.*, Bologna, n. 1/2014.

DELLA PORTA D., MENY Y. (a cura di), *Democrazia e corruzione*, Napoli, 1995.

DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994.

DI MASCIO F., *Una relazione della Commissione Europea sulle politiche anti-corruzione*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, n. 2, 2014.

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.

EVENETT S. J., *Multilateral disciplines and government procurement*, in *Development, trade and the WTO: a handbook*, Washington, World Bank, 2002.

FALZEA A., GROSSI P., CHELI E., *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. 4, Giuffrè Editore, 2011.

FERESIN E., *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffrè Editore, 2011.

FERRARI E., *I contratti della pubblica amministrazione dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003.

FERRAJOLI L., *I reati in materia di appalti*, Milano, 1994.

FERTITTA L., *La nuova normativa sulla documentazione antimafia*, in *Riv. Trim. App.*, n. 3/2013.

FREEMAN J., MINOW M., *Government by Contract, Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, 2009.

GARRI F., *La disciplina del mercato nel settore dei lavori pubblici, la vigilanza e la lotta alla corruzione*, in *App. urb. edil.*, n. 7/8, 2002.

GHIDINI G., CLARICH M., DI PORTO F., MARCHETTI P., *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'autorità garante*, Giuffrè Editore, 2010.

GIAMPAOLINO L., *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in www.giustamm.it, 2014.

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986..

GIANNINI M.S., *Parlamento e amministrazione*, in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di CASSESE S., Bologna, 1976.

GIMENO FELIU J. M., *Reglas para la prevenciòn de la corrupciòn en la contrataciòn pública*, Relazione al V seminario sui contratti pubblici, Formigal, 2014.

GIMENO FELIU J.M., *Ambito d'applicazione e procedura di contrattazione in Spagna: la influenza del diritto comunitario*, in *Riv it. dir. pubbl. comunitario*, 2005.

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999.

GRECO M., MASSARI A., *Gli appalti dopo il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2008.

GULLO N., *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014.

HUBER B., *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2001.

HUNIA R., *Recent Revisions to the World Bank's Procurement and Consultants Selection Guidelines*, in *Public Procurement Law Review*, 1997.

IAIONE C., *L' ambito oggettivo e soggettivo*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010.

IMMORDINO M., CAVALLARO M.C., *I contratti della pubblica amministrazione*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli editore, 3° ed., 2014.

KEOHANE R., *The demand for international regimes*, in *International regimes*, KRASNER (a cura di), 1983.

LAMBSDORFF J. G., *The Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and Policy*, Cambridge University Press, 2007.

LOWINGER T., *Discrimination in Government Procurement Agreement of Foreign Goods in the US and Western Europe*, in *Southern Economic Journal*, n. 42/1976.

MACCHIA M., *La corruzione e gli strumenti amministrativi di carattere preventivo*, in MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013*, Milano, 2014.

MANGANARO F., *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2014.

MARRA G., *Contrasto e prevenzione della corruzione pubblica transnazionale*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007.

MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, n. 11/2015.

MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, p.13; P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economics, organization and management*, trad. it. Bologna, 1994.

MATTARELLA B. G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

MAZZAMUTO M., *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2013.

MEDINA ARNAIZ T., *The exclusion of tenderers in public procurement as an anticorruption mean*, in www.nispa.org.

MELE G., *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, relazione presentata al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, 2006.

MODAFFERI G., *Soluzioni comunitarie alle patologie degli appalti pubblici*, Giappichelli, 2008;

MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *Appalti pubblici*, in CHITI M. P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè Editore, Milano 2007.

PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Utet Giuridica, 2007.

PATRONI GRIFFI V. F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizio pubblico appalti*, 2006.

PES L., *Teorie dello sviluppo giuridico. Dal movimento di law and development all'esperienza neoliberale*, Tangram Edizioni scientifiche, Trento, 2012.

PETRETTO A., *Contratti di fornitura pubblica e concorrenza: una sintesi della letteratura teorica*, in *Econ. Pubbl.*, n. 3/1992.

PICOZZA E., *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (cur.), *I contratti di appalto pubblico*, in

P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (dirr.), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010.

PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA, M. BERTOLISI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2014.

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, in F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di), *Sistema di diritto amministrativo italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 2007.

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè 1998;

REICH A., BAR ILAN U., *The New Text of the Agreement on Government Procurement. An Analysis and Assessment*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n. 4, 2009.

SAITTA F. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008.

SAITTA F., *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. Trim. App.*, fasc. n. 2/2014.

SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell' Organizzazione mondiale del commercio e nella Comunità Europea*, Napoli, 2001.

SANDULLI M. A., A. CANCRINI A., *I contratti pubblici*, in F.MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Passigli, 2010

SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in MATTARELLA B.G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*.

SCOCA F.G., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in www.giustamm.it, 2013.

SCOCA S., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in G. FESTA (a cura di), *Contabilità degli enti locali e contrattualistica pubblica*, 2012.

SPASIANO M.R., *La funzione amministrativa. Dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005.

TREPTE R., *Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, 2004.

TREPTE R., *The Agreement on Government Procurement*, in *The World Trade Organization: legal, economic and political analysis*, MACRORY P.F.J., APPLETON A.E., PLUMMER M.G. (a cura di), New York, 2005.

VÁZQUEZ MATILLA F. J., *La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública*, in *Observatorio contratación pública*, 2012, consultabile in www.obcp.es.

VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, CEDAM, 2008.

WADRZYK M.E., *Is it Appropriate for the World Bank to promote democratic standards in a borrower country?*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1999.

ZIMMERMANN S.S., FARIELLO F. A. Jr., *International Financial Institutions and Global Legal Governance*, in *The World Bank Legal Review*, vol. III.